

DE L'EXERCICE DU
DROIT DE RETOUR LEGAL
QUAND LES BIENS DONNÉS
NE SE RETROUVENT PLUS EN NATURE
DANS LA SUCCESSION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 23 Novembre 1931, à 14 heures

PAR

François SOLEIL

Président : M. J. HÉMARD, *Professeur*
Assesseurs { MM. ESCARRA, *Professeur*
 SOLUS, *Agrégé chargé de cours*

PARIS
LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON et Cie
160, RUE SAINT-JACQUES

1931



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552803_0019

THÈSE POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend ni approuver, ni désapprouver les opinions émises dans les thèses, ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DE L'EXERCICE DU
DROIT DE RETOUR LEGAL
QUAND LES BIENS DONNÉS
NE SE RETROUVENT PLUS EN NATURE
DANS LA SUCCESSION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 23 Novembre 1931, à 14 heures

PAR

François SOLEIL

Président : M. J. HÉMARD, Professeur
Assesseurs { *MM. ESCARRA, Professeur*
 { *SOLUS, Agrégé chargé de cours*

PARIS
LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRÉSTIEN
F. LOVITON et Cie
160, RUE SAINT-JACQUES

1931



BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux.

- Aubry et Rau.** — *Cours de droit civil français*, d'après la méthode de Zachariae, 5^e édition (tome IX, 1917?).
- Ambroise Colin et H. Capitant.** — *Cours élémentaire de droit civil français*, 5^e édition (tome III, 1929).
- Planiol et Ripert.** — *Traité pratique de droit civil français* (tome IV, Successions, éd. 1928).
- Hémarcl (J.).** — *Précis de droit civil français*; collection « la licence en droit », Sirey, 1928-1930.
- Josserand.** — *Cours de droit civil français* (tome III, éd. 1930).
- Baudry-Lacantinerie et Wahl.** — *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3^e éd., 1905.
- Baudry-Lacantinerie.** — *Précis de droit civil* (3 vol.), 6^e éd., 1898.
- Demolombe.** — *Traité des successions*, tomes XII à XVIII du Cours de Code Napoléon (29 vol.).
- Marcadé.** — *Explication théorique et pratique du Code civil* (12 vol.), 8^e éd. 1894.
- Laurent.** — *Principes de droit civil* (23 vol.), 3^e éd. 1878.
- Demante et Colmet de Santerre.** — *Code civil* (3 vol.), 2^e éd., 1885.
- Mourlon.** — *Répétitions écrites sur le Code civil*, 10^e éd., 1877.
- Toullier et Duvergier.** — *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, 5^e éd. 1843 (15 vol.).
- Massé et Vergé.** — *Le droit civil français par Zachariae*, traduit de l'allemand, annoté et rétabli suivant l'ordre du Code civil (5 vol.) 1854-1860.

- Huc** (Th.). — *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, 1893.
- Malpel**. — *Traité élémentaire des successions ab intestat*, Toulouse 1824.
- Fenet**. — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* (15 vol.), 1827-1829.
- Loché**. — *Législation civile, commerciale et criminelle* (31 vol.) 1829.
- Maleville**. — *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, 2^e éd., 1817.
- Merlin**. — *Répertoire de jurisprudence* (tome XV, 1826).
- Chabot** (de l'Allier). — *Commentaire sur la loi des successions formant le titre I du livre troisième du Code civil* (3 vol.), 6^e éd. 1832.
- Bugnet**. — *Œuvres de Pothier*, annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle. (10 vol.), 1845.
- Férrière**. — *Corps et compilations de tous les commentateurs anciens et modernes sur la coutume de Paris*. 2^e éd. 1714; (titre XV : *Des successions*.).
- Renusson**. — *Traité des Propres*; dans : *Œuvres complètes* en un volume, nouvelle édition par Sérieux, 1780.
- Bretonnier**. — *Recueil par ordre alphabétique des principales questions de droit qui se jugent diversement dans les différents tribunaux du Royaume*, 5^e éd. augmentée par Boucher d'Argis, 1783.

Ouvrages spéciaux

- Capitant**. — *Essai sur la subrogation réelle* (*Revue trimestrielle de droit civil*), tome XVIII, 1919, p. 385.)
- Demogue**. — *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle* (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, tome LXVIII, 1901, p. 236).
- Henry**. — *De la subrogation réelle, conventionnelle et légale* thèse, Nancy, 1913.
- Coin-Delisle**. — *Etude sur l'art. 747 du Code Napoléon* (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, tome X, 1857, p. 208).

- Nast.** — *Etude sur la prohibition des pactes sur successions futures*, thèse, Paris 1905.
- Gaudemet.** — Des rapports juridiques entre le retour successoral et le retour conventionnel (*Revue trimestrielle de droit civil*, tome I, 1902, p. 740).
- Garin.** — Etude sur les libéralités entre époux portant sur des biens sujets à retour (*Revue trimestrielle de droit civil*, tome XVIII, 1919, p. 5.)
- Crouzel.** — Notes sur la stipulation de retour par l'ascendant donateur et la renonciation au retour légal (*Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1903, p. 1.)
- Zeglicki.** — Le droit de retour légal peut-il avant son ouverture être modifié par la convention des parties ? (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, tome LXIX, 1902, p. 325.)
- Darras et Tarbouriech.** — De l'attribution en cas de sinistre des indemnités d'assurance et des autres indemnités dues à l'occasion de la perte d'une chose. Commentaire de la loi du 19 février 1889 (*Annales de droit commercial français, étranger et international*, 1889, n° 6 et 1890, n° 1).
- Arnault.** — Traité du retour conventionnel et légal, Paris, Librairie de la *Revue de pratique notariale*, 1913.
- Destresse de Laborie.** — *Du retour légal ou de la succession anormale*, thèse, Paris 1851.
- Goubet.** — *Des successions anormales*, Thèse Paris 1866.
- Jung.** — *Du retour légal d'ascendant donateur*, Thèse Strasbourg, 1864.
- Lussan.** — *Des cas de succession anormale*, Thèse, Paris 1866.
- Carré.** — *Du retour légal*. Thèse, Poitiers 1856.

Jurisprudence

Abréviations :

- | | |
|---------|---|
| D | Recueil périodique de la jurisprudence générale de Dalloz. |
| S..... | Recueil général des lois et arrêts, fondé par J.-B. Sirey. |
| PF..... | Pandectes Françaises, recueil mensuel de jurisprudence et de législation. |

GP..... Gazette du Palais.

Rouen, 11 janvier 1816, et Chambre Civile, 30 juin 1817;
S. 1817.1.313.

Requêtes, 7 février 1827; S. 1827.1.147; D. 1827.1.143.

Requêtes, 8 mars 1858; D. 1858.1.97.

Chambre Civile, 16 novembre 1859; S. 1860.1.241.

Cour de Nîmes, 20 janvier 1860; S. 1861.2.358.

Tribunal de Lyon 24 août 1871; S. 1872.2.121.

Tribunal de Saint-Amand 16 mars 1877; S. 1878.2.125.

Tribunal de Douai, 5 mai 1879; D. 1879.2.257.

Tribunal de Bourges, 20 janvier 1879; D. 1879.2.174.

Tribunal de Poitiers, 28 décembre 1880; S. 1882.2.69.

Requêtes, 11 juillet 1889; S. 1890.1.97.

Cour de Bourges, 31 mars 1890; P. F. 1890.2.10.

Cour de Dijon, 30 juin 1893; S. 1894.2.185 (note M. Saleilles).

Tribunal de Montpellier 20 février 1893; Moniteur de jurisprudence des tribunaux du Midi, 1893.10.

Chambre Civile, 10 juillet 1893; D. 1894.1.5. (note M. de Loynes); S. 1894.1.77 (note M. Tissier).

Cour de Pau, 31 mai 1893; D. 1895.2.10.

Tribunal de Lyon, 8 avril et 22 janvier 1895; P. F. 1896.2.225 (note M. Charmont).

Tribunal de Fontainebleau, 25 mars 1896; G. P. 1896.1.760.

Tribunal de Poitiers, 15 mai 1899; D. 1901.2.205.

Chambre Civile, 22 juillet 1903; D. 1904.1.33.

Tribunal de la Seine, 7 janvier 1899, Cour de Paris, 21 juin 1899, Chambre Civile, 24 juillet 1901 : D. 1901.1.537 (note M. Sarrut); S. 1901.1.433 (note M. Lyon-Caen); G. P. 1901.2.327; avec le rapport du Conseiller Falcimaigne.

Cours d'Amiens, 6 mars 1902; D. 1902.2.112.

Chambres Réunies, 2 juillet 1903; S. 1904.1.65; G. P., 1903.2.213 avec les conclusions du Procureur Général Baudoin.

Cours d'Orléans, 30 avril 1904; S. 1904.2.269; P. F. 1904.2.341.

Chambres Réunies, 5 décembre 1907; D. 1908.1.113 (note M. Colin) avec les conclusions du Procureur Général Baudoin.

CHAPITRE PRELIMINAIRE

POSITION DU SUJET

« Si les objets ont été aliénés, les ascendants recueillent, à l'exclusion de tous autres, aux choses par eux données à leurs enfants ou descendants décédés sans postérité, lorsque les objets donnés se retrouvent en nature dans la succession.

» Si les objets ont été aliénés, les ascendants recueillent le prix qui peut en être dû. Ils succèdent aussi à l'action en reprise que pouvait avoir le donataire. »

Le droit de retour ainsi consacré en faveur de l'ascendant donateur constitue un mode particulier de dévolution héréditaire, un véritable droit de succession qui obéit à des règles spéciales. C'est un droit de succession qui ne porte que sur certains éléments de l'hérédité, déterminés d'après leur origine, et ne profite qu'à certaines personnes, les ascendants donateurs, qui peuvent ne pas être appelées par ailleurs à la succession ordinaire. Par là ce droit déroge aux principes du droit successoral en vertu desquels la loi ne considère pas l'origine des biens héréditaires pour en régler la dévolution et les attribue globalement, c'est-à-dire les attribue à des successeurs universels ou à titre universel. Par ces deux caractères exceptionnels

le droit de retour justifie bien le nom de succession anormale qui lui est aussi donné.

Les articles 358 et 359 organisent en faveur de l'adoptant donateur et de ses héritiers un droit de retour analogue. L'article 766 fait bénéficier les frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel décédé sans postérité d'une autre variété de retour à l'égard de certains éléments de la succession de leur frère naturel. Il existe donc trois cas de retour légal. Les trois textes qui s'y rapportent sont rédigés dans des termes voisins et s'inspirent de principes analogues; mais l'article 747 étant celui qui reçoit les plus nombreuses applications, c'est généralement le droit de retour de l'ascendant donateur que l'on envisage lorsque l'on parle du retour légal.

La Cour de cassation, appelée à se prononcer sur un conflit qui mettait en jeu les principes mêmes de notre institution, en a fourni une définition qui résume parfaitement ses caractères généraux : Le droit de retour légal établi par l'article 747 du Code civil en faveur de l'ascendant donateur est essentiellement un droit successoral formant, à côté de la succession ordinaire, et dans les circonstances que la loi détermine, une succession privilégiée dont la dévolution a lieu en vertu d'une vocation héréditaire spéciale et qui a pour objet une classe particulière de biens. (Cas., Ch. réun., 2 juillet 1903). Cette formule met en relief les deux caractères fondamentaux du retour légal : c'est qu'il est essentiellement un droit successoral, et qu'il obéit à des règles spéciales relativement aux personnes qui en bénéficient et aux biens qui en sont l'objet.

Il faut donc que le législateur ait eu de bien fortes raisons pour introduire dans notre Code un droit de cette

espèce, un droit qui fait échec aux règles ordinaires. En réalité les rédacteurs de 1804 n'ont rien innové.

Dans l'ancienne France, le droit de retour hérité du droit romain par les pays de droit écrit, et le droit de réversion que pratiquait la plupart des coutumes, aboutissaient tous les deux, malgré leurs dissemblances, à faire rentrer l'ascendant dans les biens qu'il avait donnés à son descendant quand celui-ci mourait sans postérité. Dans les pays coutumiers, le droit de réversion avait lieu à titre de succession; il ne portait généralement que sur les immeubles, qui revenaient à l'ascendant dans l'état où ils se trouvaient au moment du décès du donataire. Au contraire dans les pays de droit écrit, le retour était l'effet d'une condition résolutoire tacite attachée par la loi à la donation. En conséquence, et par application de l'effet rétroactif de la condition, les biens donnés étaient supposés n'avoir jamais quitté le patrimoine du donataire, et y rentraient dans l'état juridique qui était le leur au moment de la donation; les aliénations et autres droits réels dont le défunt pouvait les avoir grevés se trouvaient résolus de plein droit : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*.

Le droit de retour avait été abrogé par le Droit Intermédiaire. On aurait pu concevoir que sa disparition fût définitive. D'ailleurs ce ne fut que sur les instances des tribunaux du Midi que les auteurs du projet de Code civil en restaurèrent le principe. Il le consacrèrent à peu près tel qu'il se trouvait appliqué dans les pays de coutumes, c'est-à-dire notamment comme un droit de succession. Allant plus loin, ils étendirent le bénéfice du retour légal à l'adoptant donateur, et même, dans une matière fort différente, aux frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel.

Les auteurs du projet et les membres du Conseil d'Etat qui le discutèrent n'ignoraient pas que le droit de retour avait donné lieu sous l'ancien régime à des discussions doctrinales et à des hésitations nombreuses de la part de la jurisprudence. Ils pouvaient se douter des problèmes que soulèverait l'application de l'article 747 dans le droit nouveau. Et cependant la question resta dans l'ombre; on ne mit pas à profit l'occasion qui s'offrait de résoudre par la voie législative quelques-uns des points les plus litigieux. Par la suite la jurisprudence a heureusement résolu le plus grand nombre d'entre eux. Mais il y a encore d'assez nombreuses questions qui restent controversées ou l'ont été pendant longtemps. La difficulté d'interprétation des articles 747, 766, 358 et 359, qui règlent les trois cas de retour établis par le Code civil, tient à plusieurs causes.

En premier lieu, le retour légal semble aujourd'hui une anomalie dans notre régime successoral. C'est la survivance un peu désuète d'une institution très ancienne. Il est malaisé de déterminer ses règles d'application dans le droit positif sans aller à l'encontre des principes généraux qui dominent notre régime successoral. Cette difficulté, d'ailleurs, se présentait déjà sous l'ancien droit.

En outre les textes qui réglementent la matière sont nettement insuffisants. Quatre articles seulement lui sont consacrés, et tous les quatre se répètent sur bien des points sans se compléter. Tous les quatre sont rédigés en termes très brefs.

Les interprètes se sont évertués à construire une théorie du retour légal en faisant appel pour compléter les lacunes de la loi à des considérations historiques, à l'esprit des textes, à l'équité, aux principes généraux du droit. Cette méthode souvent nécessaire et souvent fructueuse, pré-

sente l'inconvénient de susciter les doctrines les plus diverses et le plus opposés, chacune s'appuyant sur des arguments toujours contestables. On peut même s'étonner au premier abord de la place que cette question, aujourd'hui secondaire, occupe dans les grands traités de droit civil. Cela tient au nombre de questions que le retour légal soulève dès qu'il est invoqué dans les litiges nés à l'occasion de partages successoraux.

C'est ainsi que les tribunaux ont été appelés à résoudre les nombreux conflits qui s'élèvent entre les bénéficiaires du retour légal, l'ascendant principalement, et les héritiers du défunt, le conjoint survivant, les créanciers de la succession, les légataires. Il leur a également fallu délimiter les domaines respectifs du retour légal et du retour conventionnel et décider dans quelle mesure la volonté des parties peut modifier le droit de retour.

Parmi toutes ces questions d'interprétation, il en est une qui présente un double intérêt, à la fois pratique, car de sa solution dépend la consistance de la succession anormale, et théorique, car on doit faire appel, pour essayer de la résoudre, à plusieurs grandes théories du droit civil : C'est la question de savoir sur quels biens le retour peut s'exercer. Ne peut-il porter que sur les biens donnés eux-mêmes, c'est-à-dire n'avoir lieu que si ces biens sont restés dans le patrimoine du donataire tels qu'il les a reçus, ou bien peut-on admettre que d'autres biens acquis en échange ou en emploi, par exemple, soient considérés comme mis aux lieu et place des premiers, subrogés à eux, et soumis comme tels au retour ? C'est là le point qui va faire l'objet de mon étude.

Si l'on s'en tient au texte même de la loi, compris dans son sens le plus étroit, on est amené à défendre une conception restrictive. Un certain nombre d'auteurs ont

adopté cette attitude. Néanmoins elle paraît difficilement défendable, et elle a de nos jours peu de partisans convaincus. C'est qu'en effet si l'on s'en tient à la lettre de la loi, on risque fort de se méprendre sur l'intention du législateur. L'article 747 parle des biens « que se retrouvent *en nature* dans la succession ». Si l'on interprète ces mots dans un sens restrictif, cela conduit dans la plupart des cas à refuser le droit de retour à l'ascendant qui a gratifié son enfant ou petit-enfant d'une donation portant sur une somme d'argent. Car la monnaie, chose essentiellement fongible, ne se conserve presque jamais sous sa forme primitive, et il est impossible de démontrer que les espèces trouvées dans une succession sont identiquement les mêmes que celles qui ont été données. On aboutirait ainsi à faire une distinction qui n'existe pas dans la loi entre les biens mobiliers, qui le plus souvent échapperaient au droit de retour, et les immeubles qui deviendraient à peu près les seuls biens susceptibles de retour. Nous verrons au contraire que les rédacteurs du Code ont entendu faire porter ce droit sur toutes espèces de biens, tranchant ainsi définitivement une question fort discutée sous l'ancien droit.

Il semble donc impossible de prendre les termes de l'article 747 dans une acception limitative relativement à l'état sous lequel doivent se retrouver les biens donnés. D'ailleurs, l'article 747 lui-même prévoit deux cas où le retour légal s'exerce encore, alors que les biens donnés ont été aliénés. Y a-t-il là une simple exception au principe du retour en nature ou au contraire l'application d'un autre principe sous-entendu, qui serait celui du retour en équivalent?

Si l'on s'écarte du texte de la loi en cherchant à lui

donner une portée plus large qu'il ne paraît comporter au premier abord, il faut pourtant fixer une limite à l'interprétation extensive, et ce n'est pas là la moindre difficulté. Parmi les auteurs qui se sont montrés partisans d'une plus large interprétation des textes, quelques-uns se sont arrêtés à mi-chemin, d'autres ont été plus audacieux.

Maleville, l'un des cinq auteurs du projet du Code civil, va jusqu'à déclarer qu'à son avis le droit de retour « doit toujours avoir lieu, soit que la donation consistât en meubles ou en immeubles, excepté que l'objet n'ait péri dans les mains du donataire, ou n'ait été dissipé par lui sans emploi utile » ¹. Cette conception extrémiste, que l'on peut croire inspirée de la théorie de l'enrichissement sans cause, paraît n'avoir été reprise par aucun auteur moderne.

Dans le courant du xix^e siècle, les partisans de la théorie extensive se sont généralement ralliés à la conception soutenue par Aubry et Rau ². D'après ces auteurs le retour pourrait porter sur les biens qui ont été subrogés directement à la chose donnée, subrogés, si l'on peut dire, au premier degré; mais ils n'admettent pas qu'il y ait encore lieu à retour sur des biens acquis par l'effet d'une double subrogation, par vente suivie du remploi du prix par exemple.

Cette notion de subrogation, qui depuis une cinquantaine d'années s'est précisée et s'est enrichie grâce à l'emploi de plus en plus fréquent qu'en fait la jurisprudence, et grâce aussi aux études auxquelles elle a donné lieu,

1. Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil*, t. II, sous art. 767.

2. Aubry et Rau, t. IX, p. 508, § 608.

paraît être la notion fondamentale vers laquelle il faut se tourner pour tenter de faire une étude critique du droit de retour légal. Notre droit civil établit de nombreux cas de subrogation, sans qu'on en trouve nulle part une théorie d'ensemble. Plusieurs auteurs ont cherché à construire cette théorie qui nous manque et à dégager de l'étude des textes des principes qui permissent d'étendre la notion de subrogation et de l'appliquer dans des hypothèses que la loi n'envisage pas.

Aujourd'hui nous nous trouvons donc en présence de deux théories opposées, à propos des biens sur lesquels peut porter le retour légal, la théorie restrictive qui s'inspire étroitement des termes de l'article 747 pour n'admettre que le retour en identique; l'autre, ou les autres théories que l'on peut grouper sous le nom de théories extensives, en vertu desquelles le retour est possible sur des biens subrogés aux biens donnés, est possible en valeur ou en équivalent.

Cette dernière vers laquelle certains auteurs penchaient autrefois surtout parce qu'elle leur paraissait plus équitable que l'autre, trouve aujourd'hui une solide base juridique dans la théorie de la subrogation telle qu'elle se dégage de la jurisprudence et de la doctrine moderne. L'extension de la théorie du droit de retour par l'application de la subrogation réelle s'est trouvée favorisée d'un autre côté par une application jurisprudentielle très large des deux cas de subrogation prévus dans l'article 747 : le retour pouvant être exercé sur les actions en reprise, on considère généralement compris dans cette expression toutes les actions que la femme ou ses héritiers possèdent contre le mari au moment de la dissolution du régime matrimonial.

A l'aide de ces deux théories, actions en reprise et

subrogation légale, la théorie extensive a pu élargir considérablement le domaine d'application du retour légal. Mais il s'en faut de beaucoup que l'on soit arrivé à une doctrine unique; il est malaisé de dire quels sont exactement les cas que l'on s'entend à faire rentrer dans le retour en équivalent et quels sont ceux qui doivent demeurer au dehors. Partant d'une même idée, les différentes théories arrivent à des conclusions variées.

Pour savoir sur quels biens doit porter le retour légal et s'il faut faire intervenir en cette matière la notion de subrogation réelle, on pourrait étudier la question sous un double aspect, en se plaçant successivement dans le droit abstrait et dans le droit positif. Mais ce démembrement du sujet nuirait à la clarté de son exposé. Aussi nous nous demanderons en même temps dans chaque chapitre quelles sont les théories qui ont cours et quel est l'accueil que leur fait la jurisprudence.

Avant d'aborder la question elle-même des biens qui sont soumis au retour légal, il me paraît utile au préalable d'envisager le droit de retour dans ses caractères généraux et les liens qui le réunissent ou qui l'opposent au droit commun des successions.

Je diviserai donc mon travail en six chapitres :

Chapitre 1 : L'origine historique du droit de retour légal. — *Chapitre 2* : Nature, fondement et rôle du droit de retour légal. — *Chapitre 3* : La doctrine restrictive. — *Chapitre 4* : La théorie de la subrogation. — *Chapitre 5* : La doctrine extensive. — *Chapitre 6* : Les limites de la doctrine extensive et ses applications dans la pratique.

CHAPITRE PREMIER

L'ORIGINE HISTORIQUE DU DROIT DE RETOUR

Le retour légal tire son origine du droit romain. Il ne profita d'abord qu'aux ascendants paternels et leur permit de reprendre la dot constituée à leur fille ou petite-fille quand celle-ci décédait avant le donateur au cours de son mariage. *Dos a patre profecta ad patrem revertitur*. Plus tard la loi en étendit le bénéfice au père et à l'aïeul paternel qui avaient fourni au fils de famille une dot anténuptiale. Mais il semble bien que le droit de retour ne fut jamais accordé à la mère et aux ascendants maternels. Le donateur avait d'ailleurs la faculté de stipuler le retour par convention.

Voilà quelle fut l'origine du droit de réversion légale des pays de droit écrit. Dans tous les pays régis par la loi romaine ce droit se généralisa et demeura appliqué jusqu'à la fin de l'ancien régime. Presque partout on en vint à le considérer comme ayant sa base dans une condition résolutoire tacite stipulée par le donateur pour le cas de prédécès du donataire sans postérité. L'arrivée de la condition produisait donc une résolution parfaite de la donation avec toutes ses conséquences de droit. Souvent même

les interprètes déniaient au descendant le droit d'aliéner ou d'hypothéquer les biens donnés, tout en faisant des distinctions parfois subtiles entre les aliénations volontaires et les aliénations nécessaires, entre l'hypothèque conventionnelle et l'hypothèque de la femme mariée ¹.

On peut d'ailleurs se demander si les juristes qui construisirent la théorie du droit de réversion sur des textes romains n'ont pas commis, comme il leur est arrivé en d'autres matières, certaines erreurs d'interprétation. Comme le fait remarquer Pothier ², l'inaliénabilité des biens donnés se justifiait beaucoup mieux à Rome, puisqu'à l'époque classique le droit de retour ne portait que sur la dot protectrice de la femme mariée, c'est-à-dire sur des biens qui était soumis par ailleurs à un régime spécial de protection. Garantir le droit éventuel de l'ascendant au point de rendre inaliénables les biens soumis au retour, c'était là le résultat d'une interprétation maladroite des textes romains.

L'origine du droit de retour successoral dans les pays coutumiers est plus obscure. Nous n'avons guère de preuve certaine de son existence avant l'époque de la rédaction des coutumes, bien qu'on ait voulu en voir les premières apparitions dans certains textes du ^{xiii}^e siècle ³. Même la coutume de Paris de 1510 ne le mentionnait pas, et c'est seulement dans sa seconde rédaction de 1580 que l'on trouve le texte fondamental dont l'article 747 du Code civil semble visiblement inspiré ⁴. Les pays coutumiers firent du retour légal un véritable droit

1. V. sur ce point Bretonnier, *Recueil*, sous le mot Réversion.

2. Pothier, *Traité des donations*, édition Eugnet, t. VIII, p. 81 et 419.

3. Notamment dans Beaumanoir, ch. XIV et dans un arrêt de 1268 cité dans la Conférence des Coutumes.

4. Coutumes de Paris, art. 313 et d'Orléans, art. 315.

de succession, ne portant, si l'on en croît la majorité des interprètes, que sur les immeubles, et reposant sur une toute autre conception que le droit de retour des pays de droit écrit.

La loi de l'an II sur les successions abrogea le retour légal dans toute la France tout en permettant de stipuler dans les donations le retour conventionnel. Les rédacteurs du Code civil avaient donc le choix entre trois solutions, ou bien ne pas restaurer le droit de retour, ou bien le rétablir soit comme droit de succession, soit comme l'effet d'une condition résolutoire tacite.

En étudiant de plus près le droit de retour sous l'ancien droit, puis la période intermédiaire et la rédaction du Code civil, nous allons voir quelle a été aux différentes époques l'étendue et la consistance du retour légal.

SECTION I. — LE DOMAINE DU RETOUR LÉGAL DANS L'ANCIEN DROIT.

Sous l'ancien régime, de nombreux ouvrages traitent soit du droit de retour des pays du Midi et de Normandie, soit surtout, depuis la fin du xvi^e siècle, du retour successoral des coutumes.

Les coutumes rédigées sont loin de mentionner toutes le droit de réversion des ascendants donateurs. Mais quand ce droit se trouva consacré dans la coutume de Paris, qui tendait de plus en plus à devenir le droit commun coutumier, il se généralisa dans presque toutes les provinces. C'est donc autour de l'article 313 de la coutume de Paris que pendant plus de deux siècles les auteurs ont développé leurs commentaires sur la question, et l'on peut dire

que dès cette époque le droit de retour a été étudié très à fond.

Pourtant le interprètes des coutumes ne semblent pas s'être beaucoup préoccupés de savoir sur quels biens le retour légal devait s'exercer. La question du retour en équivalent n'était pas inconnue; elle se posait parfois dans la pratique, mais la doctrine ne lui prêtait qu'une attention médiocre. Cette indifférence peut s'expliquer si l'on se rappelle dans quelles conditions économiques et juridiques s'appliquait le retour légal.

Dans les pays de droit romain, il semble que la question ne pouvait guère se poser, puisque le donateur exerçant son droit de retour reprenait les biens donnés dans quelques mains qu'ils se trouvent, sans avoir en principe à s'occuper des aliénations opérées par le donataire. Les tiers qui avaient acquis des droits réels sur ces biens en étaient dépouillés comme s'ils avaient acquis *a non domino*; les créanciers du défunt n'avaient rien à prétendre sur cette partie de l'hérédité qui ne faisait pas partie de leur gage général¹. Ainsi il ne pouvait être question d'une subrogation légale qui aurait résulté des actes de disposition du défunt et dont les conséquences se seraient imposées à l'ascendant.

Dans les pays coutumiers, par contre, la possibilité d'une subrogation légale aux choses données pouvait être mise en question. Mais ce qui intéressait avant tout, les

1. C'étaient là les solutions généralement admises, mais la jurisprudence variait d'un Parlement à l'autre. Quelques-uns tendaient appliquer strictement la loi romaine, ce qui les conduisait, par exemple, à ne faire bénéficier du retour que les ascendants paternels. D'autres permettaient au donataire de faire certains actes de disposition. Le Parlement de Paris, dont dépendaient des pays de droit écrit, apportait à la loi romaine d'importantes modifications inspirées par un esprit d'équité et d'humanité. (V. sur ces points Coin-Delisle, *Etude sur l'art. 747 du Code Napoléon*.)

auteurs, c'était de savoir si les meubles sont susceptibles de retour. Les tribunaux ne l'admettaient généralement pas ¹, en invoquant le caractère exceptionnel et limitatif de l'article 343 de la coutume de Paris. Les articles 311-312 organisent la dévolution des propres, et déclarent que « propres ne remontent ». On peut soutenir que l'article 343 ne fait qu'apporter une exception à cette règle lorsqu'il décide que « toutefois les ascendants succèdent ès choses par eux données à leurs descendants décédés sans enfants ni descendants d'eux ». L'argument, un peu trop scholastique, porte en définitive sur le mot *toutefois*.

Une opinion plus extensive était soutenue par quelques auteurs, notamment par Renusson ². Celui-ci proteste contre la jurisprudence et prétend que le sens très général du mot « choses » permet d'y faire rentrer tant les meubles que les choses immobilières. « La raison, ajoute-t-il, prise de ce que les meubles sont en possession vile et abjecte, est ridicule par rapport à l'argent comptant qui est une représentation de toutes sortes de biens les plus solides comme les plus précieux. » Il en conclut que le retour doit s'exercer sur les meubles, en particulier sur les sommes d'argent, et, comme nous le verrons plus loin, sur les biens acquis avec les espèces constituées en dot.

A l'encontre de cette théorie, d'autres juristes, Lebrun ³ en particulier, prétendaient que les meubles ne doivent en aucun cas retourner à l'ascendant. Une troisième école enseignait que le retour des meubles n'est possible qu'au

1. V. arrêt de la Grand-Chambre du 16 mai 1692, cité notamment par Ferrière, *Corps et Compilations*. Dans le même sens, Pothier, *loc. cit.*

2. Renusson, *Question sur le droit de retour et de succession aux choses données* (appendice au *Traité des Propres*).

3. Lebrun, *Traité des Successions*, livre I, ch. V, sect. 2.

cas où ceux-ci se retrouvent « en nature » dans la succession.

Le Code civil a mis heureusement fin à ces discussions doctrinales, puisque les travaux préparatoires montrent clairement que le mot « choses » employé dans l'article 747 doit être interprété comme embrassant aussi bien les meubles corporels et incorporels, que les immeubles.

Il faut se rappeler que sous l'ancien droit la catégorie des immeubles comprenait tous les biens les plus importants, et notamment des droits incorporels rangés aujourd'hui parmi les choses mobilières. D'autre part, les meubles stipulés propres dans un contrat de mariage, devaient être considérés, au point de vue de leur dévolution, comme des immeubles, étant donné leur qualité de propres fictifs; de sorte que la clause de réalisation sauvegardait le droit de succession éventuel de l'ascendant. Mais si ce droit s'ouvrait plus tard, à la mort du descendant du donataire, les biens donnés autrefois par le grand-père avaient perdu, en entrant dans le patrimoine du petit-fils, leur qualité de propres fictifs, et la question se posait à nouveau de savoir si le retour devait porter sur les choses mobilières.

La faculté de disposer par testament était alors plus limitée qu'aujourd'hui, puisque dans tous les cas les legs portant sur des biens propres étaient réduits lorsqu'ils entamaient la réserve contumière, fixée le plus souvent aux quatre quintes. Le descendant gratifié ne pouvait donc disposer par testament que du cinquième des propres composant la donation d'ascendant. Ainsi le donateur faisait figure de véritable héritier réservataire.

Si la faculté de disposer par testament des biens donnés était très limitée, le donataire pouvait par contre aliéner

librement ces biens de son vivant, à titre gratuit ou onéreux. La question de la subrogation des propres se posait donc dans ce cas. Comment était-elle résolue ?

Remarquons tout d'abord que dans l'ancienne France les donations d'ascendant portaient le plus souvent sur des éléments stables du patrimoine familial, tels que des immeubles, des propres fictifs, des charges ou offices. Le numéraire était relativement rare, du moins, jusqu'à une certaine époque. Les contrats de mariage avaient le caractère de pactes de famille. Le mariage des enfants était une occasion pour les parents de régler d'avance leur propre succession. Les deniers constitués en dot étaient souvent frappés d'une condition d'affectation spéciale ou de telle autre modalité qui en rendaient le libre emploi et la dissipation difficiles. La condition complexe des immeubles, le souci de maintenir intacte et de se transmettre de génération en génération la fortune familiale, le désir de voir les fils succéder à leur père dans les mêmes charges, toutes ces tendances conservatrices contribuaient à l'époque à maintenir une grande stabilité et une grande fixité dans les patrimoines. On comprend ainsi que la possibilité d'un retour s'exerçant en équivalent, sur des biens subrogés aux choses données, n'ait pas été considérée comme une question de première importance. Elle a cependant été discutée par quelques juristes de l'ancien droit, mais ne semble pas avoir reçu jamais une solution uniforme et définitive.

Renusson ¹ s'inspirait d'une idée de justice pour soutenir que l'ascendant peut reprendre, soit le prix du bien aliéné s'il est encore dû lors du décès du donataire, soit

1. Renusson, *Traité des Propres*, ch. II, sect. XIX, n° 19 et suiv,

les biens acquis en remploi de ce prix, en tant que subrogés, « sinon prendre l'estimation de la chose vendue sur les biens libres que le fils aurait laissés ». Il admettait d'ailleurs que ce retour ne pouvait préjudicier aux droits des créanciers du défunt, ni à ceux des légataires « dans la mesure où il est permis de disposer par testament suivant la coutume des lieux ».

Une opinion opposée était soutenue par Cl. de Ferrière¹ qui en toutes ces matières préconisait une application très restrictive de l'article 313 de la coutume de Paris considéré comme une exception exorbitante du droit commun. Pour lui, la chose donnée ne devait faire retour à l'ascendant que si elle se retrouvait sous sa forme primitive dans la succession, car, disait-il, c'est une maxime dans les pays de coutumes que le descendant peut disposer à sa volonté par actes entre vifs, *quo modo volet*, que ce soit à titre gratuit ou à titre onéreux.

Il y avait donc déjà sous l'ancien droit coutumier divergence sur le point de savoir si le retour ne doit s'exercer qu'en nature, ou s'il peut s'exercer en équivalent. Mais cette question n'occupait qu'une place très secondaire dans les commentaires des coutumes.

SECTION II. — LE DROIT INTERMÉDIAIRE ET LA CONSÉCRATION DU DROIT DE RETOUR LÉGAL DANS LE CODE CIVIL.

La loi du 17 nivôse an II abrogea implicitement le droit de retour, tout en autorisant les clauses de retour conventionnel. Une loi du 23 ventôse an II en compléta les dispositions en précisant qu'il n'était en rien innové à

1. Ferrière, *Corps et Compilations*, t. IV, titre XV, sous art. 313.

l'égard des donations antérieures au 3 brumaire. Le retour légal se trouva donc supprimé en France à partir de cette date.

Le Code civil aurait pu ne pas restaurer ce droit; le projet de l'an VIII n'en parlait pas, mais lorsqu'il fût soumis à l'appréciation des tribunaux, le Tribunal d'appel de Toulouse se plaignit de ce qu'il ne rappelait pas le droit de réversion. « Il est injuste, fit-il remarquer, que les ascendants se voient exclus par des collatéraux de rentrer même dans les biens dont ils s'étaient dépouillés en faveur de leur descendant prédécédé ¹. »

La section de législation du Conseil d'Etat tint compte de cette observation, et l'article 31 du projet de loi sur les successions consacra le droit de retour de l'ascendant donateur. Après la discussion devant le Conseil d'Etat, ce texte fut légèrement remanié, et devint l'article 30 de la loi du 29 germinal an XI sur les successions, puis l'article 747 du Code civil.

Les rédacteurs ne se contentèrent pas de rétablir le retour au profit des ascendants; par analogie ils en étendirent le bénéfice à l'adoptant donateur. Etant donné que dans la famille adoptive les biens risquent, encore plus que dans la famille légitime, de passer en des mains étrangères, il était parfaitement équitable que l'adoptant, et ses descendants, puissent reprendre les biens dont il avait gratifié l'adopté quand celui-ci prédécédait sans postérité.

Ils imaginèrent d'autre part de créer un troisième cas de succession anormale. Le Code avait cherché, à propos

1. Sur la discussion du Code civil, voir : Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XII, p. 24; Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. X sous art. 747; Coin-Delisle, *op. cit.*; Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil*, t. II, sous art. 747; Chabot, *Commentaire sur la loi des successions*, t. I, sous art. 747.

des enfants naturels, à établir un compromis entre les idées nouvelles (la loi de brumaire an II les avait assimilés aux enfants légitimes dans la succession de leurs auteurs et collatéraux) et l'ancien droit qui écartait les bâtards de la succession de leurs ascendants, sauf parfois de celle de leur mère. Les rédacteurs, accordant à l'enfant naturel le tiers de la part successorale qu'il aurait eue comme légitime, et n'appelant à sa succession que ses collatéraux et descendants naturels voulurent donner une compensation à la famille légitime. C'est pourquoi ils accordèrent aux frères et sœurs légitimes un droit de retour sur les biens que leur frère naturel aurait reçus de leur auteur commun prédécédé quand cet enfant naturel venait à mourir sans postérité.

Ces deux nouveaux cas de succession anormale furent adoptés sans difficultés et sans presque de discussions. De sorte que la seule source qui puisse fournir des renseignements intéressants est le procès-verbal de la discussion qui eut lieu au Conseil d'Etat le 23 frimaire an II à propos du futur article 747. Mais ce procès-verbal est obscur et n'apporte guère de lumière sur la question. On y voit que si quelques membres de l'Assemblée posèrent des questions, personne parmi les auteurs du projet n'intervint pour fournir une explication d'ensemble. Les réponses de Tronchet et de Treilhard sont imprécises, confuses et parfois contradictoires.

Dans les années qui suivirent, les traités de droit civil, dont les auteurs avaient tous connu et pratiqué l'ancien droit, fournirent des commentaires abondants sur toutes les questions nouvelles. Ils aidèrent à rattacher peu à peu le nouveau droit à celui de l'ancien régime. C'est ainsi que le retour consacré par l'article 747 fut rapproché du

retour successoral de l'article 313 de la coutume de Paris, tandis que le retour conventionnel prévu par les articles 951 et 952 s'inspirait du droit de retour légal des pays de législation romaine.

Le texte de l'article 747 est d'ailleurs visiblement inspiré de la coutume de Paris. Il est plus complet que l'article 313 de cette coutume, mais l'esprit en est le même. Les rédacteurs ont surtout voulu faire du retour légal un droit de succession *ab intestat* qui portât tant sur les meubles que sur les immeubles.

Quant à savoir si ce retour peut s'exercer sur des biens subrogés aux choses données, le texte de l'article semble, à première vue, s'y opposer, puisqu'il parle des biens « qui se retrouvent en nature ». Néanmoins, comme nous le verrons, une interprétation littérale de cette expression « en nature » paraît inadmissible. Elle conduirait à des conséquences tout à fait inconciliables avec l'esprit de la loi, et aboutirait notamment à empêcher que le retour puisse jamais porter sur les meubles fongibles, comme les derniers, ces meubles ne se retrouvant jamais identiquement les mêmes, ni sur les biens acquis en échange ou en remploi des biens donnés.

Nous verrons comment les diverses doctrines extensives qui ont été proposées parviennent à se concilier avec le texte de l'article 747 et à en justifier diverses applications plus ou moins larges. Mais pour bien comprendre la portée et la valeur de ces doctrines, il est inutile auparavant de définir les motifs sur lesquels repose le droit de retour, et les raisons qui expliquent l'existence d'un tel droit dans notre régime successoral.

CHAPITRE II

NATURE, FONDEMENT ET ROLE DU DROIT DE RETOUR LEGAL

Il n'était pas sans intérêt de rappeler dans quelles conditions fonctionnait, avant la Révolution, la réversion successorale des pays coutumiers à laquelle le droit de retour de l'article 747 a emprunté ses caractères généraux. Mais cette évocation du passé ne peut évidemment nous renseigner sur les caractères actuels du droit de retour. Cette institution s'est trouvée maintenue dans le Code sans beaucoup de changements apparents, mais les modifications profondes du droit, et spécialement du droit successoral, ne pouvaient manquer de l'influencer fortement. Elles lui ont imprimé une physionomie nouvelle que les rédacteurs eux-mêmes n'auraient pu prévoir et dont les traits ont été dégagés peu à peu par la jurisprudence.

Pour ne donner qu'un exemple de cette transformation latente du droit de retour, rappelons-nous que l'ancien droit admettait les pactes sur successions futures et les renonciations à successions, alors que le droit actuel les prohibe. Ce n'est cependant que près d'un siècle après la promulgation du Code civil que les tribunaux ont eu à préciser l'effet de cette prohibition par rapport au retour légal.

Ainsi le droit de retour répond aujourd'hui à d'autres considérations que sous l'ancien régime. On peut donc se demander s'il a encore une utilité, une fonction dans l'ensemble de notre droit, et si le législateur a bien fait de le conserver. Dans l'affirmative, il y aurait lieu d'interpréter assez largement les textes qui s'y rapportent pour leur assurer un fonctionnement normal. Si au contraire rien ne justifie plus l'existence d'un tel droit, qui au premier abord semble constituer une exception exorbitante du droit commun, s'il n'apparaît plus que comme une survivance inutile du passé, il serait logique alors d'en faire l'application la plus restreinte.

Les quatre articles consacrés par le Code au droit de retour légal sont trop laconiques pour que la jurisprudence ait pu en dégager des directives bien précises; elle avait donc toute liberté pour adopter telle conception qui lui paraîtrait la meilleure. En fait, dans les premières années d'application du Code civil la théorie du nouveau droit de retour fut élaborée moins par les tribunaux que par les commentateurs, dont la plupart, fortement nourris de droit coutumier, s'inspiraient des solutions admises autrefois en matière de réversion successorale.

La jurisprudence depuis lors a toujours considéré le retour légal comme *un droit de succession*. C'est l'idée essentielle qui domine la matière, et l'on ne pourrait négliger de la rappeler en abordant l'étude du champ d'application de l'article 747. Mais il est nécessaire aussi de rechercher quel est le fondement et le rôle de notre institution. Ces deux points vont faire l'objet des développements qui suivent.

SECTION I. — LE DROIT DE RETOUR LÉGAL EST UN DROIT
DE SUCCESSION.

On conçoit qu'il existe en législation différentes manières d'organiser le retour légal. On peut le considérer comme résultant d'une condition résolutoire tacite en vertu de laquelle la donation est résolue quand le donataire meurt avant son ascendant et sans laisser de postérité. Un second système consisterait à présenter le droit du donateur comme un droit de créance existant à son profit à l'encontre de la succession du donataire, et dont la cause résiderait dans l'enrichissement procuré par la donation au patrimoine du défunt. Enfin l'on peut considérer l'ascendant comme un véritable successeur *ab intestat*.

Le premier système a trouvé son application en droit romain et dans les pays de droit écrit. Le second a parfois inspiré la doctrine. Mais c'est le troisième qui a prévalu dans notre législation. Le Code civil a tranché le conflit qui existait entre la législation des pays de droit romain et les coutumes pour faire du retour légal un droit successoral. Les termes mêmes des articles 747, 766 et 358 ne laissent aucun doute à cet égard, pas plus que les travaux préparatoires du Code.

Un exposé rapide des principales applications qui découlent de ce caractère successoral va nous permettre de nous rendre compte de la place qu'occupe le retour légal dans notre droit des successions.

§ I. — *Les conditions d'ouverture de la succession anormale.*

Le retour légal s'ouvre au moment du décès du donataire en faveur de l'ascendant pourvu qu'il existe entre eux des rapports de successibilité. Ainsi la majorité de la doctrine soutenait autrefois que le retour ne pouvait être invoqué que par les ascendants légitimes. Cette opinion doit être repoussée depuis que la loi du 25 mars 1896 a reconnu aux parents naturels la qualité d'héritiers. Il n'en reste pas moins que le grand-père qui a gratifié l'enfant naturel de son fils ne peut pas invoquer le bénéfice de l'article 747 parce qu'il n'existe pas de liens de succession entre lui et le donataire.

En vertu de la même règle, le retour ne peut avoir lieu quand le donateur est incapable ou indigne de succéder au défunt.

La succession anormale s'ouvre au même moment que la succession ordinaire. C'est ainsi qu'en cas de déclaration d'absence et d'envoi en possession des biens du donataire absent, on reconnaît à l'ascendant donateur le droit de se faire envoyer en possession des biens réversibles. Avant la loi du 31 mai 1834 la mort civile entraînait l'ouverture de la succession du condamné, et par suite de sa succession anormale en faveur de son ascendant donateur.

Le retour légal étant un droit successif ne peut être exercé que par l'ascendant, à l'exclusion de ses héritiers; la représentation n'a pas lieu (sauf l'exception établie par l'article 338 au profit des descendants de l'adoptant).

Au moment du décès du donataire, le droit de retour

empêche les biens qui en sont grevés de se confondre avec la masse à partager. Il s'ouvre en réalité deux successions distinctes. Le successeur anomal n'est pas un cohéritier de ceux qui sont appelés à la succession ordinaire; aussi décide-t-on généralement que l'ascendant et les héritiers ordinaires ne sont pas en indivision, qu'ils ne sont pas tenus entre eux au rapport des libéralités reçues du défunt et ne peuvent s'actionner ni en partage ni en garantie.

§ 2. — *Concours du successeur anomal avec les héritiers réservataires et les légataires du défunt.*

D'après l'article 747, l'ascendant succède à l'exclusion de tous autres aux choses par lui données à son descendant décédé sans postérité. Il exclut donc à l'égard de ces biens les autres héritiers *ab intestat*, même ceux de sa ligne qui étaient avec le défunt dans un degré de parenté plus proche. Il jouit d'une sorte de privilège et recueille les biens donnés hors part. Il s'en suit que ces biens ne doivent pas être comptés dans la masse de calcul de la réserve.

Mais il arrive souvent que l'ascendant réunisse à la fois les qualités de successeur anomal et d'héritier légitime pour partie ou pour le tout. Ses deux droits doivent alors être considérés comme bien distincts; il peut prendre un parti différent à l'égard des deux successions, répudier l'une et accepter l'autre, selon son intérêt.

En conséquence, l'on dit généralement que l'ascendant appelé aux deux successions n'est pas tenu d'imputer sur la part lui revenant de la succession ordinaire les biens qui lui sont attribués en vertu du droit de retour (Requê-

tes, 8 mars 1858). La règle admise est donc celle du cumul de la réserve et de la succession anormale.

La question devient plus délicate si l'ascendant se trouve en présence de légataires et de donataires du défunt. Quand pourra-t-il, dans cette hypothèse, faire réduire les libéralités? D'après une première opinion l'ascendant pourrait opposer aux légataires à la fois son droit de réserve et son droit de retour. D'après l'opinion opposée, il n'aurait droit qu'à sa réserve calculée sur la masse de tous les biens existant au moment du décès, en y comprenant les biens réversibles, de sorte que la quotité disponible serait également calculée sur cette masse. La jurisprudence semble avoir adopté un troisième système plus conforme aux principes de la succession anormale. Elle a refusé à l'ascendant le droit de faire réduire les libéralités lorsqu'elles n'entament pas sa réserve calculée sur la masse de la succession ordinaire (Bourges, 20 janvier 1879; Douai, 5 mai 1879). Mais elle reconnaît toujours à l'ascendant la faculté de renoncer à la succession anormale pour augmenter la masse de la succession ordinaire et par là même sa réserve d'ascendant. L'interprétation de la jurisprudence tient compte avec raison de ce que l'ascendant n'a droit, en qualité de successeur anormal, à aucune réserve vis-à-vis des donataires et légataires, mais qu'il reste un successeur privilégié par rapport aux autres héritiers ab intestat.

Cette différence de traitement s'explique aisément. On sait que le droit de retour disparaît, comme tout droit ab intestat non accompagné d'un droit de réserve, devant un acte de disposition du défunt. Que celui-ci a donné ou légué les biens réversibles, et le droit de retour est définitivement éteint. Quand il a disposé non plus de ces

biens eux-mêmes, mais d'un élément quelconque de son patrimoine, immeuble, somme d'argent, et qu'il a ainsi dépassé la quotité disponible, il est normal que sa libéralité soit imputée sur les biens soumis éventuellement au retour légal. Il y a là un acte de disposition qui porte tout naturellement atteinte au droit de l'ascendant donateur. On conçoit donc parfaitement que le successeur anormal ne puisse faire réduire les libéralités qui n'entament pas sa réserve ordinaire d'ascendant.

On pourrait imaginer des hypothèses dans lesquelles l'ascendant donateur viendrait en concours à la fois avec d'autres ascendants héritiers ab intestat et avec des légataires. Mais la rareté de ces espèces nous dispense de nous y arrêter autrement que pour en signaler l'intérêt théorique.

§ 3. — *Concours du successeur anormal avec le conjoint survivant du défunt. Nullité de la renonciation anticipée au retour légal.*

L'article 767 qui, depuis la loi du 9 mars 1891, accorde à l'époux survivant un droit d'usufruit, partiel et variable suivant le degré des héritiers, sur la succession de son conjoint, déclare expressément que cet usufruit ne peut préjudicier aux droits de réserve ni aux droits de retour. Par cette dernière expression il faut entendre aussi bien le retour légal, des articles 747, 766, 358 et 359 que le retour conventionnel autorisé et réglementé par les articles 951 et 952.

Il s'en suit que les successeurs anormaux reprennent les biens soumis au retour affranchis de l'usufruit du conjoint survivant. Ces biens n'entrent pas dans la masse

d'exercice de cet usufruit. Mais entrent-ils dans sa masse de calcul ?

Pour les biens grevés d'une stipulation de retour, la question ne laisse aucun doute : le retour conventionnel s'exerce par suite de l'accomplissement d'une condition résolutoire qui anéantit rétroactivement la donation, de telle sorte que les biens donnés sont censés n'être jamais sortis du patrimoine du donateur et n'être jamais entrés dans celui du donataire. Ils ne peuvent donc être considérés comme faisant partie de la succession de ce dernier. Par suite il n'y a pas lieu de les compter dans la masse de calcul de l'usufruit du conjoint survivant (en ce sens Poitiers, 15 mai 1899).

Mais *quid* pour les biens soumis au retour légal ? Cette question autrefois très controversée a été résolue par un arrêt de la Cour de cassation (Ch. civ., 22 juillet 1903), qui a décidé que les biens faisant retour à un ascendant donateur doivent être exclus de la masse sur laquelle se calcule le droit d'usufruit du conjoint survivant, soit que ces biens reviennent au donateur en vertu d'un droit de retour conventionnel, soit qu'ils lui reviennent en vertu d'un droit de retour légal ou successoral.

Mais le donateur peut-il renoncer d'avance à son droit de retour en faveur de l'usufruit du conjoint du donataire ?

Pour le retour conventionnel, on a toujours admis que cette renonciation anticipée fût valable. Ce retour rentre, comme son nom l'indique, dans le domaine de la convention ; les parties sont libres d'en régler à leur gré le mode d'exercice, et le donateur peut y renoncer à tout moment, réserve faite du droit de ses créanciers de faire

prononcer la nullité de la renonciation faite en fraude de leurs droits ¹.

Mais en va-t-il de même pour le retour légal? Celui-ci étant régi par la loi peut-il comporter des modifications résultant de la volonté des parties? En pratique cette question se pose lorsque l'ascendant donateur ayant stipulé le retour conventionnel en limite l'exercice et l'étendue au profit des ayants-droit futur du donataire, de son conjoint notamment. On se demande alors si cette renonciation ou cette limitation du retour conventionnel peut s'accompagner d'une renonciation semblable au retour légal.

La question s'est posée depuis la loi de 1891, et après bien des controverses doctrinales et des hésitations de la part des tribunaux elle a été tranchée par la Cour de cassation qui a décidé que la renonciation anticipée au retour légal est nulle comme contraire à l'ordre public (art. 6, C. civ.), et à la prohibition des pactes sur succession future (art. 791 et 1130) (Chambres réunies, 2 juillet 1903).

Voyons d'abord les faits. Les biens qu'un ascendant donne par contrat de mariage à son enfant constituent souvent l'élément principal du patrimoine du donataire, et la loi, en soustrayant ces biens à l'exercice du droit d'usufruit du conjoint survivant, arrive à réduire à très peu de chose la valeur de cet usufruit. C'est pourquoi les notaires avaient pris l'habitude, après 1891, d'insérer dans les contrats de mariage une clause de style rédigée souvent dans les termes suivants : « Le donateur fait réserve à son profit du droit de retour... Toutefois cette réserve ne pourra préjudicier à toutes donations que les

1. Sur ce point, Aubry et Rau, t. VII, § 700.

futurs époux pourront se faire pendant le mariage, en usufruit seulement... ni à l'exercice du droit d'usufruit accordé à l'époux survivant par l'article 767 du Code civil. »

Dans l'espèce soumise en 1903 à la Cour de cassation, la fille dotée étant morte sans enfants, ses ascendants prétendaient reprendre, malgré la clause précitée inscrite au contrat de mariage, et en vertu de l'article 747, les biens donnés tout entiers et en pleine propriété ¹.

En équité il aurait été souhaitable de voir repousser la prétention des donataires au profit du conjoint survivant, car elle était en contradiction certaine avec l'intention manifestée par les parties dans le contrat de mariage de soustraire éventuellement la moitié de la dot au droit de retour des ascendants.

Mais cette solution aurait-elle été conforme aux règles du droit positif? Les deux opinions ont été soutenues. Finalement la Cour de cassation, toutes chambres réunies, a jugé définitivement que le droit de retour est un droit successoral et qu'il est par conséquent impossible d'y renoncer par avance attendu qu'on ne peut renoncer à une succession non ouverte.

Il est permis de douter que les raisons données généralement comme fondement de la prohibition des pactes

1. Trib. civ. de la Seine, 7 janvier 1899; Cour de Paris, 21 juin 1899; Cass. Ch. civ., 24 juillet 1901; Cour d'Amiens, 6 mars 1902; Cass. Ch. réun., 2 juillet 1903; Cour d'Orléans, 30 avril 1904.

V. sur la question les notes au Sirey et au Dalloz sous les décisions précitées, les conclusions du Procureur général dans l'arrêt des Chambres réunies.

V. aussi : Gaudemet, *Des rapports juridiques entre le retour successoral et le retour conventionnel*; Garin, *Etude sur les libéralités entre époux portant sur des biens sujets à retour*; Crouzel, *Notes sur la stipulation de retour par l'ascendant donateur*; Zeglicki, *Le droit de retour peut-il avant son ouverture être modifié par la convention des parties*; Nast, *Etude sur la prohibition des pactes sur successions futures*; Arnault, *Traité du retour conventionnel et légal*.

sur successions futures justifient une telle manière de décider.

La prohibition existait en principe sous l'ancien droit, mais elle supportait de très nombreuses exceptions. En particulier les pactes successoraux étaient valables quand ils intervenaient dans un contrat de mariage. Le droit intermédiaire interdit tous les pactes successoraux dans le but de maintenir l'égalité entre les héritiers, pour empêcher le rétablissement des privilèges de l'ancien droit. Le Code a répété cette prohibition (art. 791, 1130, 1389, 1600), et la jurisprudence en a fait une application souvent très stricte.

Aujourd'hui la doctrine critique assez généralement l'attitude de la Cour de cassation qui impose aux cours d'appel une interprétation trop littérale de la prohibition. Il faudrait en réalité la limiter aux cas où le pacte présente nettement les caractères de pacte sur succession future, caractères qui sont au nombre de trois : caractère successoral, contractuel et éventuel.

La solution de la Cour de cassation en matière de renonciation au retour est surtout criticable en ce qu'elle annule une clause du contrat de mariage et porte ainsi atteinte au respect dû à la volonté des parties.

D'ailleurs, la pratique notariale est parvenue à tourner la difficulté. Il suffit en effet qu'il y ait une donation entre époux pour que la dot ou partie de la dot soit soustraite à l'éventualité du retour légal, pour n'être plus soumise qu'au retour conventionnel, auquel les ascendants ont renoncé valablement dans le contrat de mariage.

La solution proclamée par l'arrêt du 2 juillet 1903 montre en tous les cas une fois de plus l'importance attachée par la jurisprudence au caractère successoral du retour légal.

§ 4. — *Contribution du successeur anomal aux dettes de la succession.*

Nous avons déjà indiqué plusieurs applications de l'idée que la succession anormale et la succession ordinaire forment deux patrimoines bien distincts. Partant de cette idée, qui n'est plus guère contestée aujourd'hui, on a parfois regardé l'ascendant donateur comme un héritier succédant à titre universel. Cette conception si elle était admise permettrait de considérer les biens réversibles comme formant un patrimoine dans lequel la subrogation peut avoir lieu à titre universel, c'est-à-dire s'opérer non pas bien pour bien mais en valeur.

La contribution aux dettes du successeur anomal n'est prévue que dans l'article 338. L'adoptant succède « à la charge de contribuer aux dettes et sans préjudice des droits des tiers. » Mais est-il tenu *intra vires* seulement ou *ultra vires* ?

L'opinion courante, c'est que l'ascendant contribue au paiement des dettes du donataire en raison de la valeur des objets soumis au retour comparée à celle des autres biens de la succession. C'est évidemment la seule solution équitable. Mais encore faut-il que l'on connaisse la valeur relative des biens réversibles par rapport à l'ensemble de l'hérédité. On la connaîtra généralement, par l'inventaire dressé après le décès par exemple. Mais si les choses ne se sont pas passées régulièrement, si les créanciers de la succession prétendent poursuivre le successeur anomal qui n'a pas accepté sous bénéfice d'inventaire, mais purement et simplement, peuvent-ils le faire au delà de son émolument ?

La question est controversée en doctrine ; elle n'a d'ailleurs pas un grand intérêt pratique. D'après Aubry et Rau l'ascendant donateur qui exerce son droit de retour ne peut être tenu des dettes *ultra vires* parce qu'il ne continue pas la personne du défunt et ne lui succède pas *in universum jus*¹.

Pour d'autres auteurs le successeur anomal serait tenu au passif successoral à titre universel, et au delà de son émolument², en tant que succédant à l'actif comme successeur universel. Cette opinion semble très défendable. Nous avons vu qu'à beaucoup d'égards l'ascendant donateur est considéré comme succédant à une universalité, à un véritable patrimoine. D'ailleurs si on lui reconnaît le plus souvent la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire, comme peut le faire l'héritier ordinaire, n'est-ce pas lui permettre d'opposer aux créanciers le bénéfice de l'inventaire ?

*
* *

Nous venons de voir dans ce qui précède quelques-unes des conséquences les plus importantes que l'on tire du caractère successoral du retour légal. Le droit de retour est un droit de succession. Mais c'est une succession qui a des caractères spéciaux. Elle n'a lieu qu'en faveur de l'ascendant donateur, sur certains biens, et dans des circonstances particulières. Nous chercherons à déterminer plus loin sur quels biens elle porte ; ce sera là l'objet même de cette étude. Auparavant, et pour compléter l'esquisse de la physionomie générale du droit de retour, demandons-nous quels sont le fondement et le rôle de ce droit.

1. Aubry et Rau, t. VI, § 640bis.

2. Demolombe, t. XIII, *loc. cit.* ; Baudry-Lacantinerie et Wahl ; *loc. cit.*

SECTION II. — FONDEMENT JURIDIQUE ET RÔLE
DE LA SUCCESSION ANOMALE DANS NOTRE DROIT.

Sous l'ancien droit, les auteurs contumiers aussi bien que les Romanistes s'en tenaient à la conception romaine : l'ascendant donateur bénéficie du droit de retour à titre de consolation, *ne et filiæ amissæ et pecuniæ damnum sentiret*. En outre la perspective de ce retour éventuel doit l'encourager à se montrer plus généreux envers ses descendants, en lui donnant l'assurance qu'au cas où ceux-ci décéderaient sans postérité, il ne risquerait pas de voir la dot, constituée par lui, passer à des étrangers, *prospiciendum est enim ne hac injecta formidine parentum circa liberos munificentia retardetur*.

Ces deux explications sont insuffisantes. Elles se réfèrent à des principes d'équité, qui ne sont pas sans intérêt, mais n'ont pas grande valeur si on ne les appuie pas de considérations plus juridiques.

Dans le même ordre d'idées, l'on rattachait parfois l'existence du droit de réversion à la nécessité d'assurer la conservation des biens dans la famille ¹.

De nos jours les auteurs ont repris et rajeuni les arguments anciens, et les explications qu'ils proposent se fondent généralement sur l'interprétation de la volonté du donateur ou de celle du donataire.

On dit le plus souvent que le donateur a entendu gratifier certaines personnes et non d'autres, qu'il préfère sa descendance à lui-même et consent à se dépouiller en faveur de sa postérité mais non en faveur de collatéraux ou d'étrangers ; que la donation était un simple avance-

1. V. Huc, *op. cit.*, n° 77.

ment d'hoirie et doit être résolue si au décès du donateur le donataire n'est plus vivant ni représenté. L'acte de donation ne stipule pas l'intention de l'ascendant, parce qu'il est contraire à la nature qu'il voit son descendant disparaître avant lui-même, mais la loi la sous-entend en établissant une condition que le donateur n'a pas voulu prévoir ou n'a pas osé exprimer : le prédécès sans enfant de son descendant. L'ascendant reprendrait donc les biens donnés en vertu d'une clause tacite de réversion sous-entendue dans la donation ¹.

Cette explication appelle un certain nombre de critiques. Peut-on tout d'abord supposer chez le donateur le désir d'hériter des biens donnés au cas où le donataire décéderait sans postérité, alors que ne faisant aucune stipulation de retour conventionnel il lui laisse toute liberté de dissiper ces biens ou d'en disposer comme il l'entend par acte à titre gratuit ? Peut-on, en un mot, supposer que le donateur entende succéder éventuellement au bien donné à titre d'héritier, mais d'héritier ab intestat seulement, ou, ce qui n'est pas plus, à titre de successeur anormal ? A Rome et dans les pays de droit écrit, la loi reposait sur la même idée d'interprétation de la volonté du donateur, de clause tacite de retour, mais elle la poussait jusqu'au bout en accordant à l'ascendant le bénéfice de la résolution de la donation quand le donataire mourait sans postérité.

N'est-il pas dangereux au surplus de parler de la volonté présumée du donateur ? Car cela conduit tout naturellement à admettre que le retour soit fondé sur une

1. En ce sens, Lebrun, *op. cit.*, livre I, ch. V, sect. 2, n° 11.

clause tacite résolutoire, ce qui s'écarte de l'esprit de la loi, qui en fait un droit successif ¹.

De nos jours, si le donateur prévoit le prédécès de son descendant, c'est pour stipuler, d'accord avec lui, le retour conventionnel, sur lequel le notaire rédacteur de l'acte ne peut guère manquer d'attirer son attention.

Mais l'objection principale, c'est qu'il ne paraît pas possible d'interpréter la volonté présumée du donateur sans prendre également en considération celle du donataire. Dans un contrat de donation, le donateur est évidemment en bonne situation pour imposer sa volonté à l'autre partie et pour insérer dans l'acte telle clause qui lui paraît opportune pour sauvegarder ses intérêts. Mais en l'absence d'une stipulation de retour, il paraît difficile que la loi ou le juge y supplée en faveur du donateur, car la donation une fois consentie et acceptée, les deux parties se trouvent juridiquement sur le même pied d'égalité. Or le désir du donataire, c'est, en l'absence d'une clause de retour conventionnel, de se considérer comme investi d'un droit absolu de propriété sur la chose dont son ascendant l'a gratifié. Il lui est permis notamment de penser que s'il mourait *intestat* ses biens passeraient tous à ses héritiers légitimes, quelque soit leur origine. Si la loi ne respecte pas ce désir lorsque ces héritiers ne sont pas des descendants, et si dans ce cas elle appelle à la succession l'ascendant donateur de préférence à tous autres sur les biens par lui donnés, ce ne peut être uniquement par une interprétation de la volonté du donateur, volonté qui n'est pas toujours concordante avec celle du dona-

1. Voir dans Gaudemet, *op. cit.*, § VI, un développement de ces idées. L'auteur reconnaît au droit de retour un caractère purement contractuel et le fonde sur une clause tacite de réversion.

taire ; l'explication proposée n'est donc pas entièrement satisfaisante ¹.

D'après une autre conception, la loi interpréterait une expression de la volonté du donataire défunt exprimée tacitement par le fait qu'il n'a pas aliéné ni même disposé par testament du bien donné. A cela on peut répondre, il est vrai, que si le donataire n'a pas aliéné, ce peut être non pas dans l'intention déterminée de conserver le bien intact, mais par suite de circonstances contraires, ou simplement parce que ce bien constituait pour lui un bon placement de sa fortune ; on peut dire aussi que s'il n'en a pas disposé par testament, c'est par ignorance de l'existence du droit de retour dont l'effet sera de dépouiller ses héritiers ab intestat au profit de son ascendant donateur ou, s'il meurt prématurément, par simple imprévoyance. Il est certain, par exemple, que si le bien donné est un immeuble, il a plus de chances de rester juridiquement et matériellement intact dans le patrimoine du donataire qu'une somme d'argent ou des valeurs négociables.

Néanmoins, et sous les réserves qui précèdent, si le donataire semble avoir tenu spécialement à assurer l'intégrité du bien donné, si par exemple, il a disposé de sa fortune par testament à l'exception de ce bien, on peut en déduire qu'il considérait le bien reçu de son ascendant comme constituant un élément à part dans son patrimoine et qu'il a voulu ne pas en disposer pour le transmettre à sa mort à son donateur.

Il paraît donc nécessaire de reconnaître une certaine importance à la volonté du donataire. Elle joue certainement un rôle puisque celui-ci est maître de détruire, par

1. En ce sens, Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, t. I, ch. VIII.

un simple acte de disposition, le droit éventuel de reprise du donateur. Il faut donc, en recherchant le fondement juridique du droit de retour, faire intervenir, au moins secondairement, la volonté du défunt.

Dans toutes les explications du retour légal que nous avons rappelées, une idée essentielle se dégage, c'est *l'idée d'équité*. Que ce soit à Rome, dans les pays coutumiers ou dans le Code civil, on sent que toutes les explications proposées s'inspirent, d'une façon avouée ou non, de l'idée de justice. Même dans les travaux préparatoires, qui sont pourtant assez confus, on en voit l'influence. « Il est injuste, avait déclaré le tribunal d'appel de Toulouse, que les ascendants se voient exclus par des collatéraux... » et lors de la discussion devant le Conseil d'Etat, Tronchet fit appel à la même idée en disant que le retour légal « était nécessaire pour détruire un inconvénient de la loi du 17 nivôse, dont les dispositions faisaient craindre que ce que l'on donnât à ses enfants ne passât dans une autre ligne ¹. »

Sous l'ancien droit, le retour légal, tout en satisfaisant déjà l'idée de justice, s'inspirait, plus que maintenant, du régime successoral en vigueur. Le but de ce régime était d'assurer la continuité des patrimoines, non pas tant dans l'intérêt des individus que dans celui de la famille. Par réaction le droit révolutionnaire avait amené le triomphe de l'individualisme, et les lois de la période intermédiaire s'en étaient inspirées à l'excès ².

1. Fenet, *op. cit.*, t. XII, p. 24.

2. En matière successorale, ces tendances se marquent par l'abolition des divers privilèges admis par l'ancien droit notamment ceux de primogéniture et de masculinité et par le désir d'établir l'égalité la plus grande entre héritiers (décret du 7 mars 1793 supprimant la faculté de tester en ligne directe, décret du 17 nivôse an II prescrivant le partage égal absolu entre les descendants du même degré).

Les rédacteurs du Code, désireux d'établir un compromis entre l'ancien régime et les principes nouveaux, consacrèrent un régime successoral basé non plus exclusivement sur l'intérêt de la famille, mais sur l'ordre présumé des affections du défunt et sur le respect dû à la volonté testamentaire. Le principe ancien sur lequel avait reposé pendant des siècles l'institution du retour légal était aboli. Seule l'idée d'équité pouvait être encore évoquée, et le fut en effet.

Si la notion d'équité, en elle-même bien vague et sans valeur du point de vue purement juridique, ne suffit pas pour servir de fondement positif à l'article 747, on peut essayer d'expliquer ce texte par des considérations plus précises et qui soient en harmonie avec le droit commun des successions.

Le donataire étant libre de disposer de ses biens dans les limites de la quotité disponible, on lui reconnaît le droit d'aliéner la chose dont l'a gratifié son ascendant, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit s'il respecte le droit de ses héritiers réservataires. En l'absence de descendants, c'est aux ascendants et collatéraux privilégiés que la succession est dévolue ab intestat. Mais le bien donné retourne au donateur encore vivant de préférence à tous les autres. Ici l'ordre des affections subit une atteinte très explicable si l'on considère le lien spécial de reconnaissance qui devait exister entre le de cujus et son ascendant donateur.

Mais si, au contraire, et quelque soit le degré de proximité des héritiers, le de cujus a disposé, soit par donation, soit par testament, du bien dont l'avait gratifié son ascendant, celui-ci est entièrement dépouillé de son droit éventuel. A l'égard de ce bien la volonté du défunt est

souveraine, réserve faite de la faculté pour les héritiers de faire réduire ses libéralités comme excédant la quotité disponible.

En résumé, la loi tient compte à la fois et de la volonté du défunt exprimée par des actes de disposition et de l'ordre présumé de ses affections, parmi lesquelles l'ascendant donateur occupe un rang privilégié à raison de la libéralité qu'il lui avait consentie.

Demandons-nous, pour terminer, quelle serait la situation si le retour légal n'existait pas. Dans cette hypothèse, la succession du donataire défunt serait dévolue d'après les règles du droit commun. En l'absence de testament, le bien donné risquerait de passer de la ligne paternelle à la ligne maternelle ou inversement. Il est facile d'imaginer des situations extrêmes où cela conduirait à des conséquences assez fâcheuses. Supposons une famille où par exemple les père et mère aient divorcé. Le père constitue en dot à sa fille une certaine somme ou un immeuble. Si la fille meurt sans enfants et sans avoir pu ou voulu faire de testament en faveur de son mari ou de son ascendant donateur, il peut arriver que le bien donné par le père soit attribué à la mère ou aux enfants qu'elle a eus d'un second lit.

Il est vrai que le donateur peut éviter ce résultat en stipulant au moment de la donation le retour conventionnel. A quoi bon, pourrait-on dire, l'institution du retour légal, alors que le donateur a à sa disposition le retour conventionnel qui lui assure, en cas de prédécès sans postérité de son enfant doté, non pas un droit de succession éventuel et extrêmement fragile, non pas même un droit de créance, mais un véritable droit de propriété sur l'objet de la donation ?

A ce la on peut répondre que le législateur a conservé le retour légal dans notre droit en partie pour empêcher que les clauses de retour conventionnel ne se généralisent trop. Le droit de retour conventionnel est anti-économique parce qu'il confère au donataire un droit incertain et jette le trouble dans ses relations de crédit avec les tiers. Au contraire, le retour légal a l'avantage de respecter les situations acquises et de n'emporter jamais la résolution d'actes antérieurs.



Si l'on considère maintenant le droit de retour de l'adoptant donateur (articles 358-359), la situation n'est pas tout à fait la même. L'adoptant ne peut hériter ab intestat de son enfant adoptif qu'à titre de successeur anomal. Si la loi lui confère un droit de succession sur les biens dont il a gratifié l'adopté, lorsque celui-ci meurt sans postérité, c'est, comme dans le cas précédent, au nom d'un principe supérieur d'équité ; c'est parce qu'il serait injuste que les héritiers collatéraux ou les ascendants de l'adopté soient appelés à hériter ab intestat des biens que celui-ci tenait de son père adoptif. Ce serait non seulement injuste mais probablement contraire à l'ordre des affections du défunt, qui souvent devait tout à l'adoptant et le plaçait dans son affection sur le même plan que ses ascendants légitimes et ses collatéraux.

L'article 358 étend le bénéfice de la succession anormale aux descendants de l'adoptant, et la fait porter également sur les biens que l'adopté aurait recueillis dans la succession de l'adoptant. Cette extension s'explique fort bien par les caractères spéciaux de la filiation adoptive. L'adop-

tant n'entend gratifier que son enfant adoptif et sa postérité ; plus encore que dans le cas de l'article 747 il serait injuste que l'objet de la donation soit dévolu à des héritiers ab intestat de l'adopté, car ceux-ci sont absolument étrangers à l'adoptant. La loi pose certaines conditions à la capacité d'adopter, notamment que l'adoptant soit âgé de plus de quarante ans, qu'il n'ait pas d'enfants ou descendants légitimes et que l'adoption soit censentie par son conjoint. Ces restrictions sont faites dans un double but : ne pas éloigner l'adoptant du mariage et ne pas nuire aux enfants légitimes qui pourraient souffrir, dans leurs affections ou dans leurs intérêts matériels, de voir un étranger s'installer au foyer familial avec les mêmes droits pécuniaires et moraux qu'eux-mêmes. Mais enfin il peut arriver qu'après l'époque de l'adoption il survienne des enfants légitimes à l'adoptant. Aussi la loi les fait succéder comme leur auteur aux biens que leur frère adoptif avait reçus ou hérités de celui-ci. A l'opposé, l'adoptant succède aux descendants de l'adopté lorsqu'ils décèdent sans postérité ; mais elle n'étend pas ce droit aux enfants légitimes de l'adopté.

Ces cas de succession anormale que la loi introduit dans la famille adoptive s'expliquent donc par les mêmes considérations que le retour légal de l'ascendant donateur. La loi s'inspire de l'équité, mais si l'on veut une explication plus juridique des textes, on peut, ici aussi, faire appel aux idées d'affections présumées et de respect de la volonté du défunt dont s'inspire notre régime successoral.

*
* * *

Le troisième cas de succession anormale est prévu par l'article 766 du Code civil. Au cas de prédécès des père et

mère de l'enfant naturel décédé sans postérité, les biens qu'il avait reçus de l'un d'eux passent aux frères et sœurs légitimes, s'ils se retrouvent en nature dans la succession ; tous les autres biens passent aux frères et sœurs naturels ou à leurs descendants.

En vertu de ce texte, les frères et sœurs légitimes d'un enfant naturel ne lui succèdent pas ; la succession de l'enfant naturel passe à ses descendants, ou à ses ascendants s'ils l'ont reconnu, ou à défaut à ses collatéraux naturels. Mais pour compenser la faveur ainsi faite à la famille naturelle, et pour ne pas désavantager à son profit la famille légitime, la loi décide que les biens laissés par l'enfant naturel et reçus de son père ou de sa mère, retournent aux enfants légitimes du donateur.

Cette dispositions peut encore s'expliquer par les principes dégagés plus haut. D'une application peu fréquente, elle soulève d'ailleurs, au moins dans son principe, peu de difficultés.

*
* *

Nous avons essayé de déterminer sur quel fondement repose le droit de retour légal, et nous avons proposé une explication qui, pour ne pas être classique, a au moins pour mérite de ne faire appel qu'aux principes généraux du droit successoral. Si l'on admet cette explication, le droit de retour n'apparaît plus comme une institution exorbitante du droit commun, comme une anomalie, mais comme une application légale du droit commun, destinée surtout à satisfaire l'esprit de justice en écartant quelques-uns des résultats fâcheux entraînés par l'application des règles normales de la succession ab intestat.

Mais dans la pratique le retour légal soulève nombre de

difficultés. C'est surtout pour cette raison que la majorité de la doctrine enseigne de le considérer comme une règle d'application restreinte et d'en limiter le plus possible le rôle et la portée. Pourtant les idées dégagées précédemment montrent que cette attitude n'est pas entièrement justifiée, et que l'on doit essayer de donner des articles 747, 766, 338 et 339, une interprétation plus conforme à l'esprit de la loi et à l'équité.

Nous allons maintenant nous demander, en nous inspirant des idées générales évoquées dans ce qui précède, sur quels biens doit porter le retour légal. Ici deux doctrines s'affrontent, l'une restrictive qui n'admet le retour que sur les biens donnés eux-mêmes, l'autre extensive, qui reconnaît la possibilité d'exercer le retour sur des valeurs équivalentes à ces biens et subrogés à eux. La première prétend s'en tenir fidèlement au texte de la loi ; la seconde, moins attachée à la lettre du texte, s'inspire surtout de la notion de subrogation, sur laquelle il conviendra de donner certaines indications indispensables pour comprendre la doctrine extensive.

CHAPITRE III

LA DOCTRINE RESTRICTIVE

L'article 747 du Code civil consacre deux modes de retour légal, le retour en nature (alinéa 1 de l'article) et le retour en équivalent (alinéa 2). L'article 766 contient la même distinction, que l'on s'accorde à sous-entendre dans l'article 358.

Le retour en nature soulève peu de difficultés. Les biens qui ont été donnés se retrouvent dans la succession du donataire tels qu'ils les avait reçus. Aucune hésitation n'est possible pour les reconnaître, et le successeur anormal les reprend tels qu'ils se trouvent. Mais ces biens doivent avoir conservé leur identité matérielle et juridique.

L'identité matérielle n'existe que si les biens se retrouvent réellement dans la succession, sans que l'on exige cependant qu'ils soient absolument pareils. Il suffit que le donataire ne leur ait pas fait subir de modifications importantes. Par contre il n'y a plus identité matérielle si le donataire a très profondément changé leur aspect matériel, ou bien s'ils ont été aliénés ou détruits.

L'identité juridique résulte du fait que les biens figurent dans le patrimoine du défunt toujours à titre de cho-

ses données. Il n'y aurait plus identité juridique si ces biens étaient sortis pour une cause quelconque de son patrimoine et y étaient rentrés ultérieurement *ex nova causa*. Il n'y a plus enfin d'identité si le défunt a légué la chose donnée.

Dans le retour en équivalent, le bien donné a disparu du patrimoine du donataire mais s'y trouve remplacé par un autre bien, par un droit de créance ou par une action. Faudra-t-il dans ce cas considérer le nouveau bien ou l'action comme soumis au retour au lieu et place du bien donné ? Le législateur a lui-même prévu deux cas où le retour doit s'exercer sur un équivalent : lorsque la chose donnée ayant été vendue le prix ou partie du prix reste dû, et lorsqu'il existe une action en reprise. Dans la première hypothèse le donateur succède à la créance du prix ; dans la seconde à une action en reprise, comme l'action en révocation, en nullité ou en reprise matrimoniale.

La loi n'envisage pas tous les autres cas où l'équivalence pourrait être admise. Faut-il s'en tenir strictement aux deux cas légaux et les expliquer en montrant qu'ils se ramènent en réalité au retour en nature ? Ou doit-on au contraire y voir l'application non limitative d'un principe plus général dont la théorie est à faire ? Ici deux conceptions s'opposent, l'une restrictive et qui s'appuie sur le principe de l'identité pour justifier les cas de retour légal prévus par la loi ; l'autre extensive et qui s'inspire de la notion de subrogation réelle.

Les partisans de l'interprétation restrictive prétendent qu'il n'y a pas lieu au retour légal lorsque les biens qui en sont l'objet éventuel ne se retrouvent pas dans la succession tels qu'ils y sont entrés ; ils n'admettent comme exception à cette règle que les deux exceptions légales,

créance du prix et action en reprise. Au contraire, ceux qui soutiennent une théorie plus large s'efforcent de prouver que le retour peut également s'exercer sur d'autres équivalents. Ils considèrent généralement que les biens soumis au retour forment dans le patrimoine du donataire un tout, une universalité juridique et même comme un patrimoine distinct à l'intérieur duquel il peut y avoir subrogation d'un bien à un autre. Corrélativement ils soutiennent parfois que le successeur anomal est un héritier à titre universel.

La position prise par les premiers semble en principe plus facile à soutenir que celle des seconds, puisque ses partisans, prétendent s'en tenir purement et simplement au texte de la loi. Dans le conflit, ils occupent la situation privilégiée du défendeur à un procès, qui n'a qu'à repousser la prétention de l'adversaire sans avoir à faire la preuve de son droit. Et cependant, la théorie restrictive est loin de réunir tous les suffrages; ses partisans ont peine à défendre leur doctrine dans toute sa rigueur, parce qu'elle est trop étroite et conduit à des conséquences que le bon sens et l'équité réprouvent.

Pour bien comprendre cette doctrine et pouvoir juger de sa valeur, il importe en premier lieu, d'examiner l'explication qu'elle présente comme suffisante des articles 747, 766, 358 et 359. et de la confronter avec les principes que nous avons invoqués précédemment comme fondement du droit de retour. Aux chapitres suivants nous verrons ce qu'il faut penser des critiques qu'elle élève soit contre la théorie de la subrogation, soit tout au moins contre l'application que l'on prétendrait en faire à la succession anormale. Il sera bon enfin, de rechercher qu'elle a pu être l'influence de cette doctrine sur la jurisprudence.

SECTION I. — EXPOSÉ DE LA DOCTRINE RESTRICTIVE.

La théorie de l'identité ¹ prétend trouver un argument fondamental dans les termes de l'article 747. Le retour ne porte, dit l'alinéa 1, que sur « les choses qui se retrouvent en nature dans la succession ». Que signifierait cette expression, sinon que le retour ne peut plus s'exercer, que le droit de l'ascendant donateur se trouve éteint, lorsque le donateur a disposé, de quelque façon que ce soit, du bien donné ? Si ce bien a été aliéné, le successeur anomal ne peut le reprendre, puisqu'il appartient désormais à un tiers. Rien ne lui permet d'évincer le nouveau propriétaire comme il le ferait s'il avait stipulé le retour conventionnel, et rien ne l'autorise à prélever sur la succession une somme d'argent ou un autre bien équivalent au bien donné.

C'est d'ailleurs avec raison que la loi a mis cette condition à l'exercice du retour légal et l'a enfermé dans des limites étroites. Dans la succession anormale, la loi, contrairement au droit commun, recherche l'origine des biens ; mais alors elle a la prudence de soustraire cette recherche aux modes ordinaires de preuve et de la soumettre à la seule preuve qui soit absolument concluante : le fait que le bien donné se retrouve en nature, c'est-à-dire identique, matériellement et juridiquement, à ce qu'il était au moment de la donation. Ainsi se trouve

1. Pour la doctrine restrictive, voir : Baudry-Lacantinerie, *Précis de Droit civil*, t. III, app. à la sect. V, p. 333; Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XIII, p. 527; Demante et Colmet de Santerre, *Code civil*, t. III, n° 56; Mourlon, *Répétitions écrites*, t. II, n° 116 et s.; Planiol et Ripert, *Traité pratique de Droit civil français*, t. IV, ch. III, sect. V, n° 162 et suiv.

exclue la possibilité de démontrer l'origine indirecte d'un bien en établissant qu'il se trouve dans le patrimoine du donataire en remplacement du bien donné. Si la loi avait autorisé l'ascendant à exercer son retour légal sur des équivalents, à combien de procès n'aurait-elle pas donné lieu, et quelle diversité se serait fait sentir dans l'interprétation des faits soumis à la libre appréciation des juges!

Mieux vaut donc se féliciter du caractère restrictif que le législateur a volontairement introduit dans le retour légal, et ne pas chercher à étendre le domaine d'application de l'article 747 à l'aide de considérations que ni le texte ni l'esprit de la loi ne justifient.

Il est vrai que la loi elle-même semble déroger au principe du retour en nature, puisqu'elle appelle l'ascendant à succéder à la créance du prix restant dû et à l'action en reprise quand le bien a été aliéné par le donataire. Mais pourquoi voir dans ces deux hypothèses une exception au principe ? il paraît tout à fait impossible de les étendre arbitrairement et d'en faire le fondement d'une théorie générale de l'équivalence. En réalité l'alinéa 2 de l'article 747 n'est que le développement logique de l'alinéa 1^{er}.

En effet, si le prix restait dû, l'aliénation n'était pas parfaite, le vendeur ayant le droit de demander la résolution de la vente quand l'acheteur n'exécute pas son obligation de payer le prix (article 1184 Code civil). Dans le patrimoine du donataire, l'action résolutoire représente en quelque sorte le bien aliéné, en vertu de la règle : *Qui habet actionem ad rem recuperandam rem ipsam habere videtur*. C'est en vertu du même principe que l'ascendant succède également à l'action en reprise que pouvait avoir le donataire.

L'ascendant succède donc soit au bien lui-même, en na-

ture, s'il exerce l'action en reprise, soit à une somme d'argent qui représente indubitablement ce bien. Il n'y a en effet dans ces deux hypothèses aucun doute sur la provenance du prix ou sur l'identité de la chose que la loi appelle l'ascendant à recueillir.

SECTION 2. — CRITIQUE DE LA DOCTRINE RESTRICTIVE.

La doctrine que nous venons d'exposer a le mérite incontestable de délimiter nettement le champ d'application du retour légal et de laisser peu de place aux controverses et aux procès entre héritiers. La doctrine adverse manque au contraire d'unité et de délimitations. Ses partisans ne savent pas exactement à quels cas doit se borner le droit de l'ascendant donateur.

Mais elle ne va pas sans soulever de nombreuses difficultés. Deux sortes de critiques peuvent lui être faites ; les unes s'adressent à l'esprit qui l'anime et à ses résultats pratiques ; les autres, plus juridiques, s'attaquent aux arguments mêmes qui lui servent de fondement.

Les auteurs partisans de l'interprétation restrictive obéissent à l'idée qu'ils se font de la nature et du rôle du droit de retour. Pour eux, c'est une exception aux règles les plus communes de notre régime successoral, une exception difficilement justifiable, et dont on doit faire une application restreinte. Nous avons d'avance essayé de réfuter une telle manière de voir. Le droit de retour peut s'expliquer par les principes mêmes qui gouvernent la succession ab intestat. D'ailleurs la loi ne regarde pas si défavorablement le retour aux ascendants, puisqu'elle permet de le stipuler (articles 931-932 Code civil). Le retour conventionnel, tel que l'organise le Code civil, est, pour ses effets

trop absolus, plus critiquable que le retour légal. Il constitue une menace pour les tiers acquéreurs qui n'ont pas pris toutes les informations désirables relativement à l'origine de propriété, et peuvent voir leur recours en garantie contre le vendeur rendu illusoire par l'insolvabilité de sa succession ¹.

Comparé au retour conventionnel, le retour légal apparaît comme une faveur bien modeste accordée à l'ascendant donateur ! N'oublions pas que c'est un droit *ab intestat* d'une grande fragilité. Pourquoi ne s'exercerait-il pas lorsque le bien donné n'a pas été l'objet d'un acte de disposition à titre gratuit de la part du donataire, qu'il ne s'est pas confondu dans son patrimoine général, et se retrouve dans sa succession sinon « en nature », du moins comme on l'a dit ² « en nature de bien donné ».

L'intérêt des tiers n'est pas en jeu ; seuls les héritiers *ab intestat*, autres que les descendants, peuvent souffrir de l'exercice du retour légal. Ces héritiers, ce sont des ascendants ou des collatéraux. Au cas où le défunt ne laisse ni frère, ni sœur et que sa succession passe à ses ascendants, n'est-il pas de bonne justice que le donateur puisse se prévaloir à l'encontre des autres de son droit de retour. Ces autres ascendants ont d'ailleurs toujours une certaine réserve sur le reste de la succession.

Au cas contraire où le défunt laisse des collatéraux privilégiés, qui viennent en concours avec les ascendants, ces collatéraux se voient préférer un ascendant pour la succession des biens donnés. Mais cet ascen-

1. Le bien-fondé de l'art. 951 est contesté par Aubry et Rau (t. VII, § 700, note 4) parce que le retour conventionnel « comme toute condition résolutoire, est en opposition avec le principe de l'irrévocabilité des donations entre vifs ».

2. Henry, *op. cit.*

dant est normalement un de leurs parents ou grands-parents ; dans ce cas, les biens en question ne sortent pas de la famille, et les frères et sœurs du donataire défunt ont de fortes chances de les recueillir plus tard, ou tout au moins d'en profiter. Si au contraire le défunt n'était que leur demi-frère et si le bien lui avait-été donné par un de ses ascendants avec lequel les collatéraux en question n'ont aucun lien de filiation, on comprend alors très bien que ce bien échappe à la succession collatérale pour retourner au donateur, et plus tard à ses héritiers en ligne directe. Ici le retour légal a pour résultat d'empêcher qu'un bien ne passe, par l'effet indirect d'une donation, d'une famille dans une autre du vivant du donateur. La loi n'envisage pas ce résultat, puisqu'au contraire elle règle généralement la dévolution successorale sans s'occuper de la provenance des biens héréditaires. Mais cela n'empêche pas qu'elle a parfois des résultats iniques, dont l'effet est d'envenimer les rapports de famille. Si l'application de l'article 747 peut dans certains cas y remédier, en introduisant plus de justice dans les partages de successions, il n'y a qu'à s'en féliciter ¹.

On ne voit d'ailleurs par au nom de quel principe supérieur il conviendrait de limiter le droit de l'ascendant donateur. Ce droit déjà bien fragile en lui-même est rendu plus aléatoire encore par la fréquence des dispositions testamentaires et par l'instabilité de plus en plus grande des

1. L'application de l'art. 747 a des résultats particulièrement heureux en matière de partage d'ascendant entre vifs. Quand un père a distribué ses biens entre ses fils par une donation-partage et qu'un des donataires meurt sans postérité, la part qu'il a reçue devrait, d'après le droit commun être partagée entre son père, sa mère, chacun pour un quart, et ses frères et sœurs, à supposer encore que le défunt ne laisse pas de conjoint. Grâce au droit de retour, cette division et cette dispersion des biens donnés est évitée. Le donateur recouvre les biens donnés à l'exclusion des autres héritiers, et peut s'il le désire les répartir entre ses enfants survivants.

fortunes. Son domaine est certainement bien plus restreint que sous l'ancien régime et même qu'en 1804. Au moment de la rédaction du Code, les cas où un bien donné se retrouvait en nature dans la succession du donataire devaient être plus nombreux que de nos jours. La rédaction même de l'article 747 nous montre l'importance pratique que le retour en nature pouvait avoir. Cette importance a, depuis, beaucoup diminué. Si donc l'on désire conserver au droit de retour le rôle que lui assignait le législateur de 1804 et que l'évolution des conditions économiques menace de lui enlever presque entièrement, le moyen le plus opportun est d'élargir d'une manière raisonnée le domaine du retour en équivalence. C'est, nous le verrons, ce que la jurisprudence paraît disposée à faire.

*
* *

Voyons maintenant les arguments juridiques invoqués par la doctrine restrictive.

Le principe du retour légal est posé dans le premier paragraphe de l'article 747. Le retour a lieu sur les biens qui se retrouvent en nature, c'est-à-dire en identité. Certains auteurs favorables à l'extension de l'article 747 ont considéré l'argument tiré de l'expression « choses en nature » comme un obstacle très embarrassant. Pour s'en débarrasser ils font alors appel à des arguments de philosophie juridique. Ainsi Mourlon, qui présente tour à tour les deux conceptions, déclare que « Si nous ne voulons point nous résigner aux plus injustes conséquences, il faut nous garder de cet asservissement aveugle qui tue la pensée de la loi sous sa lettre judaïquement appliquée. Nous le devons d'autant plus que le droit que l'article 747 consacre

est si plein d'équité qu'on ne saurait le contester sans inhumanité ¹ ». A notre avis, ce qui rend le problème embarrassant, c'est de le poser sur ce terrain et de se déclarer volontairement en rébellion contre le texte de la loi. L'attitude adoptée par d'autres auteurs nous paraît plus habile, qui consiste à reconnaître que l'alinéa 1 de l'article ne concerne en effet que le retour en identique, et à présenter le retour en équivalent soit comme une extension de l'alinéa 2, soit comme une application de l'idée de subrogation réelle considérée comme un principe d'autant de valeur que la loi écrite.

On pourrait répondre à cela que le législateur, en permettant seulement le retour en nature a pour but de ne laisser subsister aucune incertitude sur la provenance du bien dévolu à l'ascendant donateur. Nous avons déjà répondu à cet argument en montrant que souvent la provenance du bien acquis en remplacement du bien donné peut être démontrée en toute certitude.

L'ascendant succède aussi à la créance du prix et à l'action en reprise. L'explication fournie sur ce point par la doctrine restrictive est nettement insuffisante.

Pourquoi l'ascendant succède-t-il à la créance du prix ? Parce que cette créance, dit-on, s'accompagne d'une action en résolution de la vente. Mais alors s'il ne s'agit que de cela, pourquoi la loi en parle-t-elle ? Car l'action résolutoire fait partie des actions en reprise également mentionnées dans l'article 747. Il paraît en outre impossible d'expliquer la créance du prix par l'action résolutoire, le donataire qui a aliéné l'objet donné pouvant être créancier du prix sans pour cela avoir une action en reprise.

1. Murlon, *Rép. écr.*, t. II, n° 116 et s.

Lorsque l'acheteur est tombé en faillite, l'action résolutoire du vendeur se trouve éteinte (article 550 Code com.) ; de même cette action est paralysée quand le sous-acquéreur de bonne foi d'une chose mobilière oppose au premier vendeur non payé le bénéfice de l'article 2279.

Bien plus, l'article 747 n'envisage pas spécialement l'hypothèse du non-paiement ; si l'acquéreur jouit d'un terme ou s'il doit s'acquitter de son prix par le versement d'une annuité, le prix peut rester dû. Il ne peut être ici question d'action en résolution.

Enfin la condition résolutoire sous-entendue par la loi dans les contrats synallagmatiques ne permet nullement d'expliquer, comme on a tenté de le faire ¹ le retour de la créance du prix par une sorte d'équivalence établie entre la possibilité d'exercer l'action en résolution et la chose que cette action tendrait à faire recouvrer. Rien de moins juridique qu'une telle explication.

La portée de l'alinéa 2 de l'article 747 est donc considérable ; ce texte n'aboutit à rien moins qu'à faire succéder l'ascendant au prix de la chose dans tous les cas où ce prix n'a pu encore se confondre avec le patrimoine du défunt ; il assimile, par une subrogation qui peut être appelée du premier degré, le prix à la chose.

Le deuxième cas légal d'équivalence concerne l'action en reprise que pouvait avoir le donataire. Ici il est plus vraisemblable de dire que cette action tend à ramener dans l'actif de la succession le bien donné lui-même. C'est au moins son but normal, mais le résultat n'est pas toujours atteint, puisque assez souvent, et particulièrement en matière de reprises matrimoniales, l'exercice de l'action en

1. Notamment dans le jugement du trib. de Saint-Amand de 1877 cité un peu plus bas.

reprise n'aboutit qu'à faire recouvrer un bien équivalent en valeur au bien donné, et non ce bien lui-même.

Le retour en équivalence a donc un domaine fort vaste, même à s'en tenir aux termes de l'article 747, et sans faire aucunement appel à la théorie de la subrogation. Comment vouloir après cela soutenir qu'il n'est qu'une exception limitative au principe du retour en nature ? Cela paraît impossible. Bien au contraire, la loi appelant l'ascendant à succéder au prix encore dû et aux actions en reprise, nous montre qu'elle n'attache pas une importance essentielle à ce que le retour s'effectue en nature, et qu'elle regarde au contraire assez favorablement l'idée d'équivalence.

SECTION 3. — LA JURISPRUDENCE FAVORABLE A LA DOCTRINE RESTRICTIVE.

Si la doctrine est encore en majorité favorable à la théorie restrictive, la jurisprudence l'a rarement faite sienne. Presque toutes ses décisions interprètent l'article 747 avec une certaine largeur.

Deux fois seulement, à notre connaissance, les tribunaux ont appliqué strictement les termes de l'article 747.

Dans la première espèce, un père prétendait reprendre en vertu de l'article 747, un immeuble que sa fille dotée, mariée sous le régime dotal et séparée judiciairement de biens, avait reçu de son mari comme reprise de sa dot mobilière. La Chambre des requêtes, par un arrêt du 7 février 1827, rejetta le pourvoi formé par le père contre l'arrêt de la Cour de Poitiers qui l'avait débouté. Elle motivait le rejet en considérant que la succession de la donataire ne contenait plus ni le bien donné, ni la créance

du prix de vente, ni l'action en reprise, qui avait été exercée du vivant de la donataire. Il est probable que dans un cas semblable, la jurisprudence admettrait aujourd'hui le retour, car l'immeuble repris par la femme représente sa dot.

Dans un jugement du tribunal de Saint-Amand du 16 mars 1877, l'on trouve une application plus caractéristique des arguments de la doctrine restrictive. Jugeant que le retour ne peut avoir lieu parce que les biens donnés ne se retrouvent pas en nature dans la succession, le tribunal invoque les arguments mêmes que nous avons analysés : Si l'ascendant succède au prix encore dû de la chose, ce qui serait en contradiction avec la règle posée dans l'alinéa premier de l'article 747, mais bien parce que cette créance du prix, avec l'action résolutoire qui l'accompagne, a été considérée comme tendant au recouvrement de la chose elle-même en nature. Nous avons vu ce qu'il faut penser de cette explication ¹.

En dehors de ces deux décisions, les tribunaux se sont montrés, dans le petit nombre d'autres espèces analogues

1. Je ne crois pas devoir citer à l'appui de la doctrine restrictive un arrêt de la Cour de Bourges du 31 mars 1890 qui, tout en se montrant défavorable pour l'ascendant donateur, ne s'inspire pas de la théorie de l'identité, mais d'une toute autre idée.

Il s'agissait en l'espèce d'une donation à la fois de biens de communauté et de biens propres que le père et la mère avaient faite indivisément à leurs deux enfants avec prohibition pour eux d'aliéner du vivant des donateurs. Les enfants avaient procédé entre eux à un partage des biens reçus. A la mort de l'un d'eux, le père survivant prétendait d'une part reprendre dans la succession du défunt ceux des biens donnés qui en fait étaient sortis de son patrimoine à lui et de sa part de communauté, et d'autre part faire déclarer que le partage opéré ne lui était pas opposable comme contraire à la prohibition d'aliéner stipulée dans la donation. Le tribunal repousse ces deux demandes. Il déclare que le partage, dont il reconnaît la validité, n'a d'effet déclaratif que dans l'intérêt unique des copartageants, et que sa fiction ne peut être invoquée que par eux. En conséquence, le défunt est supposé n'avoir reçu de son père que le quart des biens de communauté et la moitié de ses biens propres, et non tous ceux qui en fait proviennent de son patrimoine par suite du partage.

qu'ils ont eu à trancher, presque toujours favorables à une extension de la portée du retour légal. Parfois même ils ont dépassé de beaucoup la doctrine extensive. Mais en général il se dégage de leurs décisions une tendance marquée à admettre la subrogation dans tous les cas où la provenance des biens acquis en remplacement des biens donnés peut se prouver avec certitude.

CHAPITRE IV

LA THEORIE DE LA SUBRÔGATION

L'interprétation donnée par la jurisprudence à l'article 747 est en général favorable aux successeurs anomaux. Le domaine du retour légal s'en est trouvé élargi au point que si un donataire meurt sans postérité avant son ascendant donateur, celui-ci, dans la majorité des cas, peut réclamer soit l'objet de la donation, soit, à son défaut, un autre bien acquis en son remplacement par le donataire. C'est à la théorie de la subrogation que l'on fait appel pour justifier cette extension.

Le Code civil consacre plusieurs cas de subrogation réelle, mais sans fournir nulle part une théorie générale de la subrogation. Si donc l'on veut tirer de celle-ci d'autres applications, en la considérant comme un principe supérieur de notre droit, il faut en présenter une explication rationnelle qui soit en harmonie à la fois avec les applications légales qui en sont faites et avec les principes généraux du droit civil. Cette tâche fort délicate a été entreprise de nos jours par un certain nombre d'auteurs qui ont cherché à justifier et à coordonner les solutions consacrées par la jurisprudence.

Puisque la théorie de la subrogation est la pièce maîtresse de la doctrine extensive, il est nécessaire, pour bien saisir celle-ci, de rappeler les divers systèmes proposés en matière de subrogation réelle et les solutions généralement adoptées par les tribunaux.

SECTION 1. — LES CAS DE SUBROGATION RÉELLE CONSACRÉS
PAR DES TEXTES DU CODE CIVIL.

Enumérons tout d'abord les hypothèses les plus importantes dans lesquelles la subrogation réelle s'opère en vertu d'un texte.

1° En matière de régimes matrimoniaux, la subrogation a pour but d'assurer la conservation du patrimoine propre ou du patrimoine dotal. C'est ainsi que les immeubles acquis en échange ou en remploi d'un propre restent propres. Au cas d'échange, la subrogation s'opère de plein droit (article 1407). Au cas d'emploi ou de remploi, au contraire, elle n'a lieu que sous certaines conditions destinées à en assurer la preuve : double déclaration de provenance et d'emploi des deniers, et acceptation de la femme s'il s'agit de ses propres (articles 1434-1435).

Sous le régime dotal, l'immeuble acquis en échange d'un immeuble dotal est dotal, ainsi que l'excédent du prix s'il y a lieu (article 1559). Si un immeuble dotal est aliéné, avec l'autorisation de justice ou autrement, l'excédent du prix de vente au-dessus des besoins reconnus reste dotal (article 1558).

Enfin les valeurs mobilières ou immobilières acquises par une femme exerçant une profession distincte de celle de son mari en emploi de ses économies et gains réservés,

prennent à leur place la qualité de biens réservés (loi 13 juillet 1907).

2° Si l'absent reparaît après l'envoi en possession définitif de ses biens, il les recouvre dans l'état où ils se trouvent. Il recouvre aussi le prix de ceux qui ont été aliénés et les biens provenant de l'emploi de leur prix de vente (article 132).

3° Le propriétaire de marchandises qui se trouvaient consignées chez un individu tombé depuis en faillite à titre de dépôt ou pour être vendues pour son compte peut les revendiquer si elles se trouvent encore en nature. Il peut aussi revendiquer, à leur défaut, le prix qui n'avait été ni payé ni compensé en compte courant entre le failli et l'acheteur (article 575 C. com.).

4° Les créanciers ont un droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur, et leur droit porte non seulement sur les biens existant dans ce patrimoine au moment où leur créance est née, mais sur tous les biens qui peuvent y rentrer postérieurement.

5° Les indemnités dues par l'assureur en cas de sinistre sont attribuées aux créanciers hypothécaires et privilégiés (loi 19 février 1889) au même titre que le prix de vente de l'immeuble.

6° En cas de substitution permise, le grevé est soumis à certaines obligations, telles que celle de vendre le mobilier corporel et d'en faire emploi, et celle de remployer les remboursements et recouvrements. Les biens ainsi acquis prennent la qualité de biens substitués.

7° L'ascendant donateur succède, si les biens donnés ont été aliénés, à la créance du prix et aux actions en reprise que pouvait avoir le donataire (article 747, alinéa 2).

La jurisprudence a donné la plus large portée à ces cas de subrogation légale en les coordonnant et en les étendant à des hypothèses voisines, tout en exigeant d'ailleurs que la preuve de la subrogation et sa publicité soient suffisantes pour que l'intérêt des tiers ne soit pas mis en péril.

C'est ainsi qu'en matière de propres de communauté, les règles édictées à l'égard des immeubles ont été étendues aux meubles, spécialement à l'emploi des deniers réservés propres (Cassation, 16 novembre 1859) ; toute valeur mobilière acquise en remplacement d'un propre ou pour s'adjoindre à un propre doit, d'après la jurisprudence, être considérée comme un bien propre. L'indemnité d'assurance reçue en réparation du sinistre qui a atteint un propre, appartient de même à l'époux propriétaire du propre.

Pour le régime dotal, les tribunaux ont admis beaucoup moins facilement qu'il puisse y avoir subrogation, à moins que le contrat de mariage ne contienne une clause de remploi. C'est qu'en effet ici l'intérêt des tiers est particulièrement menacé par le caractère inaliénable et insaisissable des biens dotaux. La jurisprudence est arrivée à admettre sous le régime dotal, deux sortes de subrogation, l'une à titre particulier, immeuble contre immeuble, meuble contre meuble, en cas de remploi conventionnel ou d'échange ; l'autre à titre universel, à l'égard de la dot mobilière. C'est à la théorie de *la dot incluse* que nous faisons allusion. Cette théorie, que les tribunaux ont édictée de toutes pièces sur les principes du régime dotal, est, d'après eux, le résultat et la combinaison logique de deux règles : 1° les immeubles acquis par la femme avec des deniers dotaux, ou donnés en paiement de la dot, ne

sont pas dotaux mais deviennent paraphernaux ; 2° la dot mobilière est inaliénable et insaisissable à l'égard de la femme. En conséquence, chaque fois qu'un bien paraphernal prend dans le patrimoine de la femme la place d'une créance dotale, ce bien est paraphernal, donc aliénable et saisissable, mais la valeur dotale qui y est incluse, obéit aux règles de la dot mobilière, elle est donc inaliénable pour la femme, il y a subrogation d'un paraphernal à une valeur mobilière dotale, et par l'effet de cette subrogation l'inaliénabilité de la dot mobilière est transportée sur ce paraphernal. Il ne s'agit point ici d'une subrogation à titre particulier, de bien à bien, mais, dit la jurisprudence, d'une subrogation à titre universel ; car l'inaliénabilité de la dot mobilière n'étant pas individuelle mais globale, il existe entre les éléments successifs de cette dot une sorte de fongibilité qui ne permet pas le remploi en nature mais seulement le remploi en valeur.

Ainsi, d'après la jurisprudence, si la femme dotale reçoit un immeuble en paiement de sa dot constituée en argent, ou si après la séparation de biens elle prélève un immeuble du mari en paiement de sa dot mobilière, l'immeuble peut être saisi. Mais dans l'ordre ouvert pour en répartir le prix entre les créanciers, la femme a le droit de prélever sur le prix d'adjudication une somme équivalente à la valeur des deniers dotaux que recélait l'immeuble paraphernal.

Dans un autre domaine, les tribunaux reconnaissent au créancier séparatiste un droit de préférence vis-à-vis des créanciers personnels de l'héritier sur le prix des biens de la succession, sur leurs revenus et sur les biens acquis avec ce prix ou ces revenus. Ici elle subroge donc le prix à la chose. (Civ. 10 juillet 1893.)

De même dans tous les cas où un créancier a sur un bien un droit de préférence non prolongé par un droit de suite et que ce bien est vendu à l'amiable, on lui accorde le droit de préférence sur la créance du prix.

SECTION 2. — LES THÉORIES DOCTRINALES DE LA SUBROGATION RÉELLE.

Ces quelques exemples vont nous servir maintenant à comprendre les divers systèmes qui ont été proposés pour expliquer la subrogation réelle et en étendre l'emploi en dehors des cas prévus par la loi.

Nos anciens auteurs parlaient déjà de subrogation, mais la conception qu'ils s'en faisaient était extrêmement confuse. Ils la considéraient généralement comme l'effet d'une fiction établie par la loi ou par la convention. Ses cas d'application se rattachaient, pour eux, à deux maximes tirées du Digeste, *In judiciis universalibus, pretium succedit loco rei et res loco pretii; In judiciis singularibus, pretium non succedit loco rei nec res loco pretii.*

De nos jours l'idée d'une subrogation à titre universel s'opérant *ipso jure*, en dehors d'un texte, est souvent combattue, ou tout au moins acceptée très restrictivement¹, pour la raison que la subrogation réelle est une institution de droit étroit et ne peut résulter que de la loi, ou de

1. Voir dans ce sens : Baudry-Lacantinerie, t. III, sect. V, app.; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. I, ch. VIII; Demolombe, t. XIII, p. 527; Planiol et Ripert, t. IV, ch. III, sect. V; et la note de M. Ambroise Colin au D. P. 1908, I, p. 113 sous l'arrêt Ch. réun., 5 décembre 1907.

Dans le sens contraire, les ouvrages précités sur la Subrogation de MM. H. Capitant, Demogue et Henry; Colin et Capitant, t. III, édit. 1929, p. 425; J. Hémard, *op. cit.*, t. I, 1^{re} partie, titre II, ch. II et t. III, 2^e partie, ch. II, sect. I, § 3; les conclusions du Procureur général Baudoin sous l'arrêt cité plus haut du 5 décembre 1907; et la note de M. Saleilles au Sirey, 1894, II, p. 185, sous un arrêt de la Cour de Dijon du 30 juin 1893.

la convention des parties dans les cas que la loi ne s'est pas réservés.

Pour M. Demogue, la subrogation n'est pas une fiction. C'est une opération qui découle de la volonté implicite du législateur ou des particuliers, et qui a pour but de conserver sa valeur à un bien qui est affecté à certaines personnes. « En déclarant des biens propres, en les frappant de dotalité, en les grevant de substitution, on a voulu à des degrés divers assurer leur valeur à certaines personnes en dépit d'obligations imprudemment contractées par le mari, les deux époux ou le grevé. Pour empêcher la valeur ainsi affectée de périliter, il faudra peut-être aliéner le bien qui la représente. Il s'agit de transporter certaines qualités d'un bien à un autre; la subrogation s'impose alors comme une nécessité. »

La subrogation se produirait donc toutes les fois que l'on est en présence de valeurs d'affectation, et aurait pour but de transporter d'un bien à un autre certaines qualités seulement, qui ne sont pas inhérentes aux biens mais sont établies par la loi ou la volonté des parties en vue de l'affectation de la valeur de ces biens à un but déterminé.

Elle se produirait également lorsque, dans un intérêt de crédit, la loi admet qu'un droit soit perdu pour son titulaire sans son consentement, celui-ci exerçant alors un droit analogue sur les biens que l'aliénateur a acquis en échange ou en remploi du prix. Et dans ce cas la subrogation serait une application de l'action *de in rem verso*.

Dans les deux cas, la subrogation repose sur la nécessité « de maintenir la stabilité relative des droits en les transportant d'un bien sur un autre lorsque ces droits,

soit de leur nature, soit accidentellement, ne suivent pas les biens en quelques mains qu'ils passent ».

M. Capitant prend un point de départ légèrement différent pour expliquer la subrogation. La subrogation aurait un double rôle, éviter d'une part la confusion entre un groupe de biens et les autres biens faisant partie d'un même patrimoine ; éviter d'autre part la confusion de deux patrimoines ayant chacun un titulaire différent et se trouvant momentanément entre les mains d'une même personne. Dans ces deux groupes d'hypothèses, la subrogation, se produisant de plein droit, aurait pour effet de chose sans posséder sur elle le droit de suite.

Enfin il existerait une autre sorte de subrogation d'un genre particulier qui n'aurait lieu qu'au premier degré mais produirait ses effets dans tous les cas. Elle aurait pour résultat de substituer la créance du prix à la chose aliénée, au profit du créancier qui avait un droit sur cette chose sans avoir sur elle le droit de suite.

L'idée de la subrogation considérée comme résultant d'une fiction a été reprise par M. Saleilles (note au *Sirey*, 1894.2.185). D'après cet auteur, la subrogation s'opère soit en vertu d'une fiction de la loi, et dans ce cas elle est de droit étroit, soit en vertu de la volonté exprimée ou sous-entendue des individus. Dans le premier cas elle est une fiction en ce sens que son but est de supposer dans une chose une qualité que celle-ci, par sa nature propre, ne saurait avoir. Ainsi la loi du 19 février 1889 a établi une fiction en transportant sur l'indemnité d'assurance les droits que possédaient les créanciers privilégiés et hypothécaires sur l'immeuble assuré, car seuls les immeubles sont susceptibles d'hypothèque et en cette matière la convention ne peut créer une hypothèque là où la loi ne l'y autorise pas.

Au contraire la jurisprudence n'a pas hésité à subroger, en matière de communauté, l'indemnité d'assurance à l'immeuble propre assuré : la loi accepte la possibilité de propres mobiliers, il n'était donc pas besoin de recourir à une fiction pour expliquer le caractère de propre mobilier revêtu par l'indemnité.

Il existe d'autre part une distinction à faire entre la subrogation à titre particulier dont le but est de donner à la chose nouvellement acquise la qualité de la chose aliénée qu'elle remplace, et la subrogation universelle en vertu de laquelle un bien se trouve rattaché à un ensemble d'autres biens formant comme un patrimoine particulier affecté à un certain but.

Dans cette conception, la subrogation serait donc tantôt de droit étroit, parce qu'elle a le caractère de fiction, tantôt susceptible d'une interprétation extensive parce qu'elle résulte de la convention et s'exerce dans un domaine où la fiction est inutile et où la volonté contractuelle produit tous ses effets.

Les trois théories que nous venons de rappeler font appel à cette idée qu'un individu peut avoir dans son patrimoine une certaine catégorie de biens affectée à un but spécial ou soumis à un régime particulier. Ainsi l'on prononce les mots de *valeurs d'affectation*, d'*universalité de droit*. La notion de pluralité des patrimoines à laquelle on fait une allusion implicite a été mise en lumière par M. Hémar, qui fait dépendre étroitement la théorie de la subrogation de celle du patrimoine.

Dans son *Précis de droit civil*¹, comme dans le cours qu'il professe à la Faculté de Droit de Paris, M. Hémar

1. Hémar, t. I, 1^{re} partie, titre II, ch. 2, n° 216-223.

présente une critique de la théorie classique du patrimoine telle qu'on la trouve dans l'ouvrage d'Aubry et Rau et chez la plupart des auteurs. D'après cette théorie, le patrimoine serait l'ensemble des biens d'une personne considérés comme formant une universalité de droit, une « émanation de sa personnalité ¹ ». Une conséquence de cette conception c'est qu'il n'y a de patrimoine que là où il y a une personne, que tout individu possède un patrimoine, mais un seul, et que le patrimoine est un tout indivisible, comme la personnalité. Or il existe de nombreuses hypothèses dans lesquelles des groupes distincts de biens se trouvent réunis sous la dépendance d'une même personne. Il en est ainsi, par exemple, en cas de bénéfice d'inventaire, de bénéfice d'émolument, de séparation des patrimoines, de biens dotaux, etc... Dans ces hypothèses la théorie du *patrimoine-personnalité* se trouve en défaut.

Pour M. Hémar, il existe au contraire un patrimoine partout où un ensemble de biens est affecté à un but commun. Ainsi se trouve écartée la confusion que la théorie classique commet, de l'aveu même de ses partisans, entre le patrimoine et la personnalité. La conception du *patrimoine-but* aboutit à des conclusions très intéressantes, mais naturellement opposées à celles de la théorie classique.

C'est ainsi qu'elle rejette la notion d'unité et d'indivisibilité du patrimoine et admet qu'une personne puisse avoir autant de patrimoines qu'elle a de buts ou d'intérêts distincts. Au point de vue de la subrogation réelle, cette idée conduit aux conclusions suivantes :

La subrogation à titre particulier suppose la possibilité pour une personne d'avoir plusieurs patrimoines. Si l'un

1. Aubry et Rau, tome IX, § 573.

des éléments de tel patrimoine disparaît et se trouve remplacé par un nouveau bien, celui-ci doit prendre sa place dans le même groupe de biens, afin d'être affecté au même intérêt. Ainsi dans le patrimoine dotal un bien peut se trouver, en vertu de la loi ou du contrat de mariage, échangé ou vendu pour permettre d'acquérir un nouveau bien d'une plus grande utilité ou d'un meilleur rapport. Or la dot forme un patrimoine, car elle est un ensemble de biens affectés à un but commun, celui d'assurer des ressources au ménage et à la famille qui soient à l'abri de la mauvaise administration ou de la dissipation du mari et même de la femme. Pour atteindre ce but, on déclare que ces biens seront en principe inaliénables et insaisissables. Il importe donc qu'en cas d'aliénation permise le nouveau bien revête le même caractère d'insaisissabilité, en un mot qu'il devienne dotal. La subrogation apparaît ainsi comme l'instrument destiné à assurer l'intégrité des biens dotaux tout en remédiant aux inconvénients d'une inaliénabilité trop absolue. Dans d'autres cas elle assurera l'intégrité de tout autre patrimoine dont les éléments sont affectés à un but commun.

Mais la subrogation est une arme à double tranchant, car l'intérêt des tiers peut se trouver lésé par son exercice, qui aboutit généralement à paralyser l'action de certains créanciers sur une catégorie particulière de biens. Il est donc nécessaire de donner aux tiers de sérieuses garanties pour qu'ils ne soient pas exposés à se voir opposer des opérations de subrogation dont ils n'ont pu avoir connaissance. Aussi la subrogation à titre particulier, tout en se produisant *de plano*, n'a lieu que si trois conditions sont remplies : 1° Il faut qu'un bien se trouve remplacé effectivement par un autre, immédiatement comme dans

l'échange ou après-coup comme dans le remploi ; 2° Le remplacement doit se produire à l'intérieur d'un patrimoine distinct, d'un ensemble de biens affectés au même but (patrimoine dotal, patrimoine réservé de la femme mariée, propres de communauté) ; 3° Enfin il est nécessaire qu'une certaine publicité avertisse les tiers du changement qui s'est opéré dans le patrimoine en question et du caractère particulier que revêt le nouveau bien. C'est ainsi que la loi exige dans certains cas une déclaration de provenance des deniers remployés.

Il existe d'autre part une subrogation universelle, dont le fondement est différent. Cette subrogation est invoquée par celui qui revendique un patrimoine au moyen d'une *action générale*, telle que la pétition d'hérédité. Il s'agit alors de biens constituant un patrimoine spécial de par leur origine commune. Le demandeur, possédant sur eux un droit de portée générale, les suit tant qu'il en trouve la trace, soit en nature, soit en valeur s'ils ont été aliénés par le détenteur.

D'après M. Hémar, la maxime *In judiciis...* n'aurait pas le sens qu'on lui prête généralement ; elle signifierait que dans les actions ayant un caractère général (les actions générales du droit romain, telles que la pétition d'hérédité), le demandeur peut se prévaloir de l'effet de la subrogation. A Rome, en effet, la subrogation ne se produisait que dans ces sortes d'actions.

La subrogation universelle n'a pas lieu en dehors des cas prévus par la loi, dont les deux principaux sont la pétition d'hérédité et la revendication par un absent de son patrimoine auprès des héritiers apparents qui en ont été envoyés en possession. Cette limitation se conçoit puisque la subrogation universelle suppose que le deman-

deur exerce une action générale sur un patrimoine. De telles actions n'existent que dans les cas prévus par la loi, donc dans des cas limités.

C'est à la subrogation universelle que la jurisprudence a recours en matière de dot mobilière. Nous avons vu qu'en s'inspirant des règles du régime dotal elle a édifié une théorie très particulière, celle de la dot incluse. Les tribunaux se refusent en effet à admettre que le caractère dotal d'un meuble ou d'une créance dotale puisse se transporter sur l'immeuble acquis par la femme en remplacement de ce meuble ou de cette créance et en fasse un immeuble dotal. Car ils n'entendent pas de la même manière l'inaliénabilité dotale s'il s'agit d'immeubles ou de meubles. La dot mobilière est affectée, d'après eux, d'une inaliénabilité qui n'est que globale. Entre ses éléments c'est une subrogation universelle qui s'opère, et le remploi de l'un par l'autre n'a pas lieu en nature, mais en valeur.

Comme nous le verrons plus loin, il semble que ce soit aussi à l'idée de subrogation universelle que la jurisprudence ait recours pour permettre au successeur anormal de reprendre les biens acquis par le défunt en remplacement des biens donnés.

*
* *

Telles sont, rapidement exposées, les théories les plus connues et les plus caractéristiques que l'on ait proposées pour expliquer la subrogation réelle. Malgré leurs divergences, elles ont bien des points communs, par cela même qu'elles tendent toutes à systématiser les solutions de la pratique et les quelques cas de subrogation prévus par la loi et qu'elles proposent de les étendre à des cas voisins. Mais les conclusion auxquelles elles aboutissent sont plus

ou moins favorables à l'extension de la subrogation en dehors des textes, ce qui en définitive est la question la plus importante. Il paraît probable que les tribunaux seront amenés dans un avenir peu éloigné à préciser leur doctrine et à l'orienter vers une application plus large de la subrogation réelle, afin de sauvegarder contre l'instabilité des patrimoines et les aliénations de plus en plus fréquentes, la stabilité des droits.

Et cependant la doctrine est encore souvent hostile à l'idée de subrogation. Contre elle l'on élève deux sortes de critiques.

La subrogation, dit-on, est une fiction, et comme telle ne peut être étendue en dehors des termes de la loi. Elle est une fiction car elle a pour résultat d'attribuer à un bien les qualités d'un autre bien, et seule la loi peut opérer, contre la nature des choses, un tel déplacement de qualités.

Peut-on dire vraiment que ce soit une fiction d'admettre la subrogation, par exemple du prix à la chose, dans des hypothèses où elle a pour but d'assurer la continuité d'un droit ou de l'affectation spéciale de cette chose ? Le prix d'un bien, c'est sa valeur exprimée en numéraire, c'est son équivalent, sa représentation la plus parfaite. En réalité la substitution du prix à la chose a lieu dans tous les cas ; pour qu'elle ne se produise pas, il faudrait un texte qui l'interdise. D'ailleurs la notion même de fiction semble sans utilité dans notre droit. « L'emploi de la fiction, a-t-on écrit, pouvait paraître familier aux Romains ; il n'est plus utile chez nous vu la différence de nos procédés législatifs. Aujourd'hui le législateur n'a plus besoin de feindre, il ordonne. ¹ »

1. Ambroise Colin et H. Capitant, *op. cit.*, t. II, titre II, ch. II, sect. V, § 2.

On reproche aussi à la subrogation d'être une menace pour les tiers, et partant de nuire au crédit en rendant incertaine la condition juridique des biens. Mais la loi et la jurisprudence imposent au fonctionnement de la subrogation des conditions telles de publicité que ce reproche ne semble pas mérité. La subrogation des propres de communauté, et plus encore celle des immeubles dotaux, est soumise à certaines formalités de publicité, qui renseignent suffisamment les tiers.

Ainsi, sous la communauté, le emploi des propres peut être facultatif et légal ; il obéit alors aux règles posées dans les articles 1434 et 1435. Le emploi obligatoire, qui est imposé au mari et tire son principe du contrat de mariage ou des termes d'une donation faite par un tiers à la femme, obéit aux mêmes règles ; les tiers ne sont obligés et ne peuvent être rendus responsables du emploi, que si les époux ont déclaré le emploi obligatoire même pour les tiers. Sous le régime dotal, le emploi des immeubles est obligatoire et opposable aux tiers. Mais une fois le nouveau bien acquis, les étrangers ne peuvent manquer de savoir que l'immeuble est dotal, puisque ce caractère est spécifié dans l'acte d'acquisition.

Dans les hypothèses où la jurisprudence admet la subrogation universelle, elle n'impose pas au contraire de règles formelles pour prouver l'origine des biens acquis par subrogation ; les tribunaux admettent plus facilement la preuve de l'emploi ou du emploi. Mais remarquons que la subrogation universelle n'est pas une menace bien grave pour les tiers. L'absent qui revient et revendique son patrimoine entre les mains de l'envoyé en possession, ne peut pas le revendiquer auprès d'un acquéreur, alors que la femme dotale ou ses héritiers peuvent reprendre

l'immeuble dotal d'entre les mains de celui à qui le mari l'aurait vendu frauduleusement. L'absent n'a d'action que contre l'envoyé en possession. Le seul préjudice que peuvent craindre les créanciers de l'envoyé en possession, c'est de voir diminuer l'importance des biens qui constituaient dans ses mains leur gage général.

De même l'ascendant donateur qui exerce son droit de retour contre la succession du donataire et invoque la subrogation (subrogation universelle d'après la jurisprudence) pour reprendre en valeur les biens donnés, ne peut porter préjudice aux tiers, puisqu'il les reprend tels qu'ils se trouvent, et seulement dans la succession, tout en contribuant aux dettes.

D'ailleurs la subrogation universelle est appliquée restrictivement par les tribunaux, en ce sens qu'elle ne leur semble possible que dans les cas prévus par la loi.

Ainsi les critiques adressées à la théorie de la subrogation réelle ne semblent pas assez déterminantes pour faire renoncer à la possibilité d'une subrogation s'exerçant *de plano* ; ses avantages dépassent de beaucoup les inconvénients qu'elle peut présenter du fait de son opposabilité aux tiers.

Il nous reste maintenant à reprendre la matière un moment délaissée du retour légal, en nous demandant, notamment, à la lumière des observations qui précèdent, quel parti l'on peut tirer, en sa faveur, de la théorie de la subrogation légale.

CHAPITRE V

LA DOCTRINE EXTENSIVE

Avant d'aborder l'étude des différents systèmes proposés en doctrine ou mis en usage par la jurisprudence pour étendre le domaine de la succession anormale, il est nécessaire de rappeler le but qu'ils se proposent et les motifs d'équité dont ils s'inspirent.

SECTION 1. — FONDEMENT LOGIQUE DE LA DOCTRINE EXTENSIVE.

En critiquant la théorie classique, nous avons élevé contre elle des arguments d'ordre moral et sentimental en même temps que juridique. Si en effet la doctrine restrictive n'aboutissait pas à des résultats peu équitables, parfois iniques et contraires au bon sens autant qu'à l'esprit de la loi, il n'y aurait guère d'intérêt à prétendre élargir le champ d'application de l'article 747. Le but que se propose la doctrine extensive, c'est avant tout d'assurer une plus grande justice dans les hypothèses où un conflit met aux prises les héritiers ordinaires et les successeurs anormaux. Pour atteindre ce résultat elle fait appel à des arguments de droit, mais ceux-ci ne constituent pas un but en eux-mêmes, ils ne sont que de simples moyens de

raisonnement mis au service de l'équité. Il en est de même d'ailleurs de la théorie de la subrogation, qui tire moins sa force de sa propre valeur juridique que des solutions qu'elle permet de justifier.

Il convient donc de ne jamais perdre de vue le but que se propose la doctrine extensive. Il consiste essentiellement à permettre à l'ascendant donateur d'exercer encore son droit de retour lorsque les biens donnés par lui au défunt ne se retrouvent pas en nature dans sa succession mais que leur valeur y est représentée par d'autres biens. La loi permet à l'ascendant de poursuivre la créance du prix de vente lorsque l'objet donné a été vendu par le défunt. Pourquoi ne pas lui permettre aussi de reprendre la chose acquise en remploi, lorsque ce prix a été touché par le donataire et lui a servi à acquérir un nouveau bien dont l'origine ne laisse aucun doute ? Pourquoi de même ne pas soumettre au retour les biens que le défunt a acquis en échange des biens donnés ? Lorsqu'il est indubitable qu'un élément de la succession provient de la donation consentie par l'ascendant, pourquoi refuserait-on à ce dernier le droit d'exercer son retour sur cet élément ?

Si le texte des articles 747, 766 et 338 imposait formellement la solution restrictive, ou si l'extension de ces articles devait entraîner un préjudice pour les légataires ou les créanciers de la succession, ces questions ne viendraient même pas à l'esprit. Mais le texte de la loi est obscur et peut être entendu de bien des manières différentes. D'autre part l'intérêt des créanciers du défunt n'est pas en jeu ; les héritiers ab intestat seuls peuvent se trouver en concours avec l'ascendant donateur, et il n'y a guère de raison pour les préférer à celui-ci puisque ce ne sont jamais que des ascendants à réserve ou des collaté-

raux qui n'avaient aucune raison d'espérer hériter du défunt, et non des descendants ni des légataires. Dans ces conditions, il semble très légitime d'étendre les solutions légales à tous les cas où les biens donnés se trouvent sans contestation possible représentés par des équivalents dans la succession.

Le moyen le plus indiqué pour atteindre ce résultat, c'est de faire appel à la subrogation réelle. Déjà quelques-uns des tout premiers commentateurs du Code (Maleville, Massé et Toullier principalement) s'orientèrent dans cette voie. Un peu plus tard, l'ouvrage d'Aubry et Rau admit dans certains cas la possibilité d'une subrogation réelle en dehors des termes de l'alinéa 2 de l'article 747. De nos jours, la doctrine est encore en majorité hostile soit à l'emploi extensif de la subrogation, considérée par elle comme le résultat d'une fiction, soit, comme nous l'avons vu, au retour légal lui-même, regardé comme une institution de droit étroit et une exception au droit commun des successions.

Pourtant depuis quelques années, et sous l'impulsion de la jurisprudence, un certain nombre d'auteurs affirment la nécessité d'affranchir la succession anormale des limites étroites que la doctrine classique voudrait lui assigner. Les tribunaux semblent bien avoir adopté, après quelques hésitations, une interprétation extensive de l'article 747. Sans doute, on ne peut citer en ce sens que des décisions de tribunaux civils et de cours d'appel, mais la Cour de cassation, si elle n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer nettement sur la question même du retour en équivalent, regarde avec faveur la théorie de la subrogation réelle qui est le fondement de toute doctrine extensive.

La diversité de doctrine que nous avons constatée parmi

les partisans de la subrogation laisse assez présager celle qui règne entre eux lorsqu'il s'agit d'appliquer ou de ne pas appliquer cette subrogation dans le retour légal. Force est donc, pour étudier cette matière, de la diviser, suivant la maxime de Descartes. Je me propose d'exposer d'abord la doctrine aujourd'hui acceptée qui donne son maximum de compréhension à l'alinéa 2 de l'article 747 (action en reprise et créance du prix), puis celle d'Aubry et Rau (subrogation au premier degré), enfin la doctrine actuelle (subrogation à titre particulier) et la jurisprudence.

SECTION 2. — IMPORTANCE DES DEUX ÉQUIVALENCES PRÉVUES
PAR L'ARTICLE 747.

Lorsque le donataire a aliéné les biens reçus, l'ascendant donateur succède, en vertu de l'article 747, à la créance du prix et à l'action en reprise que pouvait avoir le défunt. Ces deux équivalents, les seuls que l'on puisse admettre d'après la doctrine restrictive, ont une grande portée pratique.

L'action en reprise peut consister soit en une action tendant à faire annuler l'aliénation consentie par le donataire, soit en une action en reprise matrimoniale

Dans le premier groupe figurent : l'action en résolution de la vente pour défaut de paiement du prix (article 1184, article 1654) ; l'action en révocation de la donation pour inexécution des charges, ingratitude du donataire ou survenance d'enfant (articles 953-956) ; l'action en rescision pour lésion (articles 1305 et 1674) ; l'action en réméré dans la vente faite avec pacte de rachat (article 1659) ; et plus généralement toutes les actions en nullité, révocation, ré-

solution et rescision qui ont pour effet d'anéantir rétroactivement la cause de l'aliénation. Rentreraient aussi dans la même catégorie l'action de *in rem verso* et l'action en garantie ouverte au donataire indivis contre ses copartageants et aux enfants naturels à l'occasion du partage de la succession de leur père ou mère. Mais ce sont là surtout des hypothèses théoriques.

Dans le second groupe, d'une plus grande importance pratique, se rangent les actions matrimoniales à l'aide desquelles un conjoint ou ses héritiers peuvent reprendre, en nature ou en valeur, à la dissolution du régime matrimonial, les biens qu'il avait apportés à titre de dot ou de propres.

Lors de la dissolution de la communauté, chaque époux, ou ses héritiers, reprend ses biens propres et ceux qui ont été acquis en remploi, le prix de ses immeubles qui ont été aliénés pendant la communauté sans qu'il en soit fait remploi, et les récompenses qui lui sont dues par la communauté. L'ascendant donateur exercera donc les droits de reprise qui appartenaient à sa fille défunte contre le mari, tandis que la part de communauté revenant à celle-ci fera partie de sa succession ordinaire. Il bénéficiera du droit d'option que l'article 1408, alinéa 2 donne à la femme lorsque le mari s'est rendu seul et en son nom personnel acquéreur d'une portion ou de la totalité d'un immeuble appartenant en indivis à sa femme.

Il semble même que l'ascendant pourra, comme aurait fait sa fille, opérer ses reprises sur les biens du mari et avant celui-ci. Il en résulte que l'ascendant donateur de la femme sera mieux traité que celui du mari lors de la liquidation et du partage de la communauté.

Nous savons que la jurisprudence a, depuis longtemps,

étendu aux propres mobiliers de la communauté réduite aux acquêts les règles édictées par les articles 1434 et 1435 en matière de remploi d'immeubles propres, et qu'elle tend également à assimiler l'emploi au remploi. Donc sous le régime de communauté légale ou conventionnelle, l'emploi et le remploi que consacre la jurisprudence profitera à l'ascendant donateur en lui permettant de reprendre les immeubles et valeurs mobilières subrogés aux éléments de la dot, ce qui peut être plus intéressant pour lui que d'en reprendre la valeur calculée au moment de la donation.

A la dissolution du régime dotal, l'ascendant donateur exercera de même les actions en reprise qui appartenaient à la fille dotée dans les termes des articles 1531, 1532 et 1564 à 1573. Les héritiers de la femme, et notamment parmi eux l'ascendant qui lui avait constitué une dot, exerceront l'action en reprise sur les biens dotaux qui se retrouvent en nature ou représentés par des biens acquis en échange ou remploi en vertu de la loi ou du contrat de mariage. Pour les immeubles, la preuve du remploi ne soulève par de difficulté, puisque celui-ci se fait selon des formes déterminées. Mais en ce qui concerne la dot mobilière, sa restitution peut donner lieu à de grandes difficultés, principalement dans les cas où le mari n'est pas devenu propriétaire de la dot et où il s'est opéré au cours du mariage des modifications dans sa consistance et sa valeur.

C'est pourquoi il ne paraît pas possible de dire, comme on l'a fait, que l'article 747 limite à dessein le retour légal aux deux seuls cas où aucun doute n'est possible à l'égard de l'origine des biens sur lesquels il porte ; l'exercice de l'action en reprise peut donner lieu à autant d'investiga-

tions dans les actes passés par le défunt, et de controverses entre le successeur anormal et les héritiers que si la loi permettait le retour sur les biens subrogés d'une autre façon aux biens donnés.

A interpréter restrictivement l'article 747 on est conduit à refuser à l'ascendant le bénéfice de l'action en reprise lorsque celle-ci a été exercée par le donataire lui-même et a fait entrer dans son patrimoine un bien ou un ensemble de biens qui se retrouvent sans modification dans sa succession. Ce résultat est évidemment peu logique. C'est celui cependant que nous avons vu consacré par l'arrêt de la Chambre des requêtes du 7 février 1827.

L'ascendant succède à la créance du prix. Le prix peut consister en argent, en denrées ou en marchandises ; il peut aussi être stipulé payable en une rente. Dans tous ces cas on s'accorde généralement à décider que l'ascendant succède au prix encore dû ¹.

En interprétant ainsi l'alinéa 2 de l'article 747, on voit que la loi admet expressément deux cas de retour qui sont d'une grande importance pratique autant que théorique. Il paraît encore plus difficile, cette constatation une fois faite, de ne pas accorder à l'ascendant un droit de retour dans les hypothèses voisines. Ne serait-ce qu'en vertu de ce proverbe de bon sens : « Qui peut le plus, peut le moins », il est nécessaire d'étendre le droit du successeur anormal à la chose acquise par le défunt en échange ou emploi des biens donnés.

1. Cette large interprétation de l'action en reprise et de la créance du prix est adoptée dans les ouvrages les plus classiques, et par ceux même qui sont défavorables à la subrogation. On la trouve déjà dans Chabot, *op. cit.*, t. I, v^o art. 747, n^o 18-19. Plus tard dans Aubry et Rau, t. IX, § 608 note 40. Voir aussi Demolombe, *op. cit.*, t. XIII, n^o 531-532,

SECTION 3. — LES CAS D'ÉQUIVALENCE ADMIS PAR AUBRY ET
RAU, ET LA QUESTION DU RETOUR LÉGAL DES DONATIONS
MOBILIÈRES.

La manière la plus simple de faire appel à la subrogation pour étendre le domaine du retour en équivalent, a été exposée par Aubry et Rau ¹. Pour ces auteurs la subrogation peut être admise lorsqu'il est clairement établi que le bien subrogé provient directement et immédiatement du bien donné. Le texte et l'esprit de la loi « s'opposent à ce que la fiction de représentation puisse être étendue à des objets dont le défunt aurait fait l'acquisition à l'aide de valeurs qui n'eussent elles-mêmes été soumises au retour que comme représentatives de biens originellement venus au défunt à titre gratuit ». Autrement dit la subrogation ne peut avoir lieu que de bien à bien, au premier degré seulement. Le droit de retour portera donc en vertu de cette subrogation sur l'immeuble acquis par échange de l'immeuble donné et sur les titres et effets de commerce acquis en emploi de la somme d'argent reçue en donation.

On peut se demander à quelle idée obéissent nos auteurs en admettant l'échange et l'emploi mais non le remploi. N'est-il pas illogique de considérer comme une subrogation l'échange d'immeuble à immeuble et de ne pas en faire autant de la vente d'immeuble suivie de l'emploi du prix à l'acquisition d'un nouvel immeuble ? La raison

1. § 608, texte et note 41.

nous paraît être la suivante : les règles adoptées en matière de retour sont applicables aussi bien aux meubles qu'aux immeubles, puisqu'il est admis depuis le Code civil que le retour porte sur toutes les sortes de biens sans distinction. S'il n'était question que l'immeubles, les solutions seraient beaucoup plus faciles à formuler. Mais MM. Aubry et Rau, comme beaucoup d'autres auteurs, craignent, en interprétant trop largement l'article 747, de transformer le droit de retour sur les biens mobiliers en un véritable droit de créance. Il serait sans danger d'admettre le remploi en matière d'immeubles, car la filiation juridique des immeubles est facile à établir. Au contraire, le remploi des choses mobilières risque de soulever des difficultés et des controverses sans nombre.

Cette question du retour légal des biens mobiliers a toujours beaucoup embarrassé la doctrine. Il est fort rare que l'ascendant puisse retrouver dans la succession du donataire les espèces et valeurs mobilières dont il l'a gratifié. Exiger que le retour ait lieu en nature, cela revient pratiquement à exclure de la succession anormale les donations de sommes d'argent et de valeurs négociables ; lui permettre au contraire de reprendre dans la succession du donataire l'équivalent de ce qu'il a donné sans avoir besoin de justifier de l'origine des valeurs qu'il prétend se faire attribuer, c'est lui conférer un droit plus fort que ne le comporte la nature du droit de retour, c'est le faire bénéficier d'une sorte de droit de créance contre la succession.

Ce système ne compte guère de partisans, mais il a pourtant été soutenu par Maleville ¹ et a inspiré certaines décisions.

1. Maleville, *op. cit.*, t. II, sous l'art. 767.

D'après Maleville, il faut admettre que l'ascendant succède à une valeur équivalente à celle des biens donnés dans tous les cas où ils n'ont pas péri et n'ont pas été dissipés par le donataire sans emploi utile. La Cour de cassation, dans un de ses premiers arrêts sur la question ², a consacré cette manière de voir ; l'arrêt de la Cour de Rouen qu'elle s'est refusée à réformer déclare que la loi exige seulement que les objets donnés se retrouvent en nature, et non pas qu'ils soient identiquement les mêmes ; qu'autrement ce serait rendre illusoires les dispositions de l'article 747, lorsque les choses données consistent en une somme d'argent ou en effets de commerce.

La question s'est posée dans des termes voisins en 1895 devant le tribunal civil de Lyon ¹. Il s'agissait en l'espèce d'un enfant naturel reconnu par ses deux auteurs et décédé intestat sans laisser aucun héritier de droit. Contre l'Etat à qui se trouvait dévolue sa succession, son frère légitime utérin réclamait, en vertu de l'article 766, diverses biens mobiliers et deux sommes d'argent que le défunt avait recueillis dans la succession de leur mère. Ses frère et sœur consanguins réclamaient d'autre part une somme de 10.000 francs en billets de banque dont l'avait gratifié leur père. Jugeant les deux demandes à quelques mois d'intervalle, le tribunal de Lyon a rendu deux jugements qui peuvent paraître contradictoires. Il a en effet repoussé la prétention du frère utérin, au moins en ce qui concerne les sommes d'argent, en considérant qu'il ne ressortait pas des documents de la cause que ces sommes se

1. Rouen, 11 janvier 1816 et Cassation, Ch. civ., 30 juin 1817. Dans le même sens, trib. de Louvain, 1^{er} février 1861 (*Belgique judiciaire*, 1861, p. 775) et trib. de Verviers, 11 mars 1880 (*Juris. des trib. belges*, 1880-81, p. 764).

2. Trib. civ. de Lyon, 22 janvier et 8 avril 1895. Voir la note de M. Charmont aux *Pandectes françaises*, 1896, 2, p. 225.

distinguaissent d'une manière quelconque du reste de l'actif successoral et qu'en fait elles s'y confondaient au point de faire absolument échec au droit de retour légal. Au contraire, dans le second litige, le tribunal a admis la prétention des demandeurs parce qu'en faisant donation à son fils naturel d'une certaine somme en billets de banque le père du défunt n'entendait pas que cette somme restât immobilisée sous cette forme, mais qu'il l'utilisât selon ses besoins. « L'on conçoit, fait observer le tribunal, que pour les corps certains il faille qu'ils se trouvent *in specie* dans la succession, mais qu'en ce qui concerne *une somme d'argent donnée*, il doit suffire que dans l'actif de la succession elle se retrouve sous forme d'espèces ou de billets, d'obligations ou de valeurs mobilières quelconques ; décider autrement serait exclure d'une manière générale les sommes d'argent données de la catégorie des biens pouvant donner lieu à droit de retour... »

La contradiction qui existe entre ces deux jugements est plus apparente que réelle. Dans la première espèce, il s'agissait de sommes recueillies par succession, et dans la seconde, de sommes reçues en donation. Le tribunal a voulu très probablement faire une distinction entre ces deux espèces de biens. Mais pourquoi ? Ne peut-on penser qu'il y a là un rappel de la conception suivant laquelle le retour légal est fondé sur la volonté du donateur ? Cela paraît probable. S'il s'agit d'une donation, on pourrait supposer chez le donateur une double intention : celle de voir le donataire faire emploi de la somme reçue et celle de ne pas voir cette somme dévolue aux collatéraux naturels mais aux collatéraux légitimes, ses enfants, au cas où son fils naturel gratifié décèderait sans postérité en laissant pour héritiers à la fois des frères et sœurs légi-

times et naturels. Autrement dit, lorsque l'enfant naturel reçoit une donation d'un de ses auteurs, il y aurait lieu de prendre en considération la volonté du donateur, tandis que s'il reçoit une part de l'héritage de son père ou de sa mère naturelle, ce n'est qu'en vertu de la loi, *jure hereditario*.

Ainsi le tribunal de Lyon a admis une très large subrogation aux biens reçus par donation et une subrogation beaucoup plus étroite aux biens reçus en héritage. La distinction qu'il a ainsi formulée implicitement par ses deux décisions successives ne se rattache pas à une conception spéciale de la subrogation, mais à une conception un peu particulière du retour légal consacré par l'article 766 au profit des frères et sœurs légitimes.

Pour Aubry et Rau, la subrogation appliquée aux biens mobiliers donnés s'opère de la même façon que pour les immeubles. Pour les meubles qui sont des corps certains, cette assimilation est toute naturelle. Le bien donné peut être corps certain soit par sa nature soit par la convention des parties, si la donation contient un état descriptif suffisant pour l'individualiser (énumération des titres de rente ou actions avec leurs numéros, description des tableaux, œuvres d'art qui composent une collection). Pour les choses fongibles, au contraire, telles que des espèces métalliques ou des billets de banque, le droit de retour est bien plus fragile, puisqu'il sera impossible de les identifier lors du décès du donataire. Pourtant s'il a employé la somme d'argent reçue en donation à l'acquisition d'un immeuble ou de meubles non fongibles, ces biens seront subrogés à l'objet de la donation et comme tels soumis au retour.

Les règles de subrogation préconisées par Aubry et Rau,

sont donc assez restrictives, puisqu'elles se bornent à faire bénéficier l'ascendant donateur du droit de retour sur les biens acquis en échange ou emploi des biens donnés. Ces auteurs n'admettent pas la subrogation dans des cas où il se produit une double substitution juridique, une subrogation du second degré. Ainsi, lorsque la vente du bien donné a été suivie du remploi du prix à l'acquisition d'un nouveau bien, n'y a-t-il pas, après la subrogation du prix à la chose, une autre subrogation de la chose acquise au prix ? Comme on l'a dit, toute distinction faite à ce sujet entre le remploi et l'échange est forcément antiéconomique ¹, nous pourrions même dire illogique. Car si la subrogation peut s'opérer dans l'emploi, pourquoi ne pourrait-il y avoir deux opérations successives d'emploi ? La somme d'argent acquise par vente du bien donné, si l'on admet qu'elle soit subrogée à ce bien, prend sa place, revêt la qualité de bien donné, et doit dès lors pouvoir être l'objet d'une nouvelle subrogation comme l'a été le bien donné lui-même. C'est pourquoi la doctrine d'Aubry et Rau a été dépassée par la doctrine la plus extensive actuelle, qui entend appliquer au retour légal au moins les règles admises par la jurisprudence en matière de propres de communauté (emploi et remploi), et même fait appel à la subrogation universelle.

SECTION 4. — LES THÉORIES DOCTRINALES DE LA SUBROGATION DANS LEURS RAPPORTS AVEC LE DROIT DE RETOUR LÉGAL.

Le rôle de la subrogation dans le retour légal paraît limité, dans l'ouvrage d'Aubry et Rau, par la conception

1. Henry, *op. cit.*

que ces auteurs se font de la subrogation réelle. Ils la considèrent, en effet, comme le résultat d'une fiction en vertu de laquelle un bien peut prendre la place et la qualité d'un autre dans un patrimoine parce que les éléments qui composent un patrimoine ou une universalité de droit sont fongibles. C'est par cette idée de fongibilité qu'ils expliquent la subrogation à titre universel. Quant à la subrogation à titre particulier, telle que celle qui peut s'exercer à l'égard des biens propres de communauté ou des biens dotaux, elle est également une fiction et ne peut découler que de la loi ou de la convention.

La subrogation applicable en matière de biens réversibles serait donc une subrogation universelle limitée au premier degré, c'est-à-dire à l'échange et à l'emploi ¹.

Si nous essayons maintenant de déterminer chez ceux des auteurs contemporains qui sont favorables à la notion de subrogation, le rôle qu'ils lui assignent en matière de retour légal, nous constatons parmi eux de grandes divergences. Celles-ci tiennent, semble-t-il, à deux causes : les uns considèrent la subrogation comme le résultat d'une fiction légale ou conventionnelle de portée limitative, les autres rejettent l'idée de fiction ; certains font appel à la subrogation universelle. Il en résulte que pour arriver à élargir le domaine du retour légal, il faut, soit faire intervenir la subrogation particulière en écartant alors l'idée de fiction, soit faire appel à la subrogation universelle telle que la jurisprudence l'applique lorsqu'une action de caractère général est exercée en vue de revendiquer un ensemble de biens d'origine commune.

Les théories que nous avons rappelées au chapitre pré-

1. Aubry et Rau, t. IX, § 575.

cédent, sont pour la plupart défavorables à l'emploi de la subrogation pour déterminer la consistance de la succession anormale. M. Saleilles, tout en reconnaissant qu'au cas de retour légal, « il y a, à un point de vue spécial, constitution d'une masse à part, et d'une masse héréditaire », considère que la subrogation qui pourrait s'opérer à l'intérieur de cette masse serait une fiction, et qu'en matière de succession, matière que la loi s'est réservée, la fiction ne peut résulter que de la loi. Il paraît en conséquence, approuver la doctrine restrictive. Pour M. Capitant, l'extension de la subrogation au droit de retour ne semble pas admissible parce qu'elle est incompatible avec les termes restrictifs des articles 747 et 766 : le droit de retour doit, comme tout droit de succession ab intestat, disparaître devant une volonté contraire du *de cujus*, et si la subrogation réelle ne s'exerce pas en cette matière au second degré, c'est parce que la volonté du défunt s'y oppose ¹. Dans le même sens, M. Demogue n'ose pas se prononcer en faveur de la solution extensive.

La théorie de la subrogation préconisée par M. Hémar, s'applique au contraire très heureusement au retour légal et permet de justifier le droit de l'ascendant donateur sur les choses acquises par le défunt en remploi des biens donnés. La subrogation universelle à laquelle il fait appel, est celle qui s'exerce entre les éléments d'un patrimoine lorsque celui-ci se compose de biens ayant la même origine. Un tel patrimoine représente moins un ensemble de biens distincts qu'une valeur. Chaque fois que la loi permet à une personne de revendiquer un ensemble de biens à rai-

1. Dans leur *Cours élémentaire de droit civil français*, MM. Colin et Capitant admettent que la subrogation à titre universelle exerce ses effets à l'égard des biens soumis au retour légal considérés comme constituant une universalité de droit.

son de son origine, comme c'est ici le cas, on doit tenir compte, avant tout, de la valeur qu'il avait et non pas de ses éléments eux-mêmes.

Ainsi l'absent qui reparait reprendra aux mains de l'héritier envoyé en possession de ses biens, non seulement les biens acquis en échange ou en`emploi, mais tout ce dont il s'est enrichi par suite de l'envoi en possession, chaque fois que l'origine des biens sera certaine, car *nemo debet locupletari cum damno alterius*. L'action intentée par l'absent est comparable, et a été comparée à l'action de *in rem verso*. La preuve des remplois successifs opérés par l'envoyé en possession sera plus facile à faire que dans le cas de subrogation à titre particulier.

SECTION 5. — LA THÉORIE JURISPRUDENTIELLE DE LA SUBROGATION UNIVERSELLE, ET SON APPLICATION DANS LE DOMAINE DU RETOUR LÉGAL.

La jurisprudence s'est montrée favorable à la notion de subrogation universelle.

Elle tend à considérer que l'ascendant donateur succède non pas à des biens déterminés, mais à une universalité de biens composant un patrimoine parfaitement distinct à l'intérieur duquel la subrogation s'opère non pas bien contre bien, mais valeur pour valeur, d'une manière universelle.

Pour justifier l'application qui est ainsi faite de la subrogation, certains auteurs font ressortir le caractère universel de la succession anormale. Les biens qui la composent seront dévolus à l'ascendant donateur, non comme des biens particuliers, mais comme formant un patrimoine distinct de la succession du défunt, et envisagé dans sa valeur

pécunière. Le droit d'un héritier universel ou à titre universel porte toujours sur la valeur ou une fraction de la valeur de la succession. Nous avons vu, en effet, au début de cette étude, que l'on considère souvent les biens soumis à retour comme formant un patrimoine distinct de l'hérédité générale, et le successeur anormal comme un héritier universel pouvant notamment accepter, à ce titre, sous bénéfice d'inventaire.

Pour déterminer les biens qui composent la succession anormale il est nécessaire, et c'est là vraiment que réside le caractère anormal de cette succession, de se reporter à l'origine des biens, c'est-à-dire au moment où ils ont été donnés au défunt. Dans la succession ordinaire, la consistance de l'hérédité se détermine au jour du décès, (exception faite pour le rapport des donations et le calcul de la réserve et de l'usufruit du conjoint.) Pour la succession anormale, au contraire, il faut considérer à la fois l'entrée des biens dans le patrimoine du donataire et leur état au moment du décès.

Sans doute, il est d'autres hypothèses où l'on considère aussi l'état des biens à leur origine. Ainsi en est-il pour les propres de communauté administrés par le mari, et les biens dotaux. Mais ici, c'est au cours de l'administration du mari que les opérations de subrogation sont constatées et que l'on en fait d'avance la preuve. Au contraire, le donataire est maître absolu de disposer comme il l'entend des biens qui lui sont donnés par son ascendant, qui, lui, n'a qu'un droit éventuel. Si la condition d'ouverture de son droit successif se réalise, si le donataire meurt sans postérité, l'ascendant n'aura pas à sa disposition un système préconstitué de preuves pour établir les remplois successifs qui ont affecté les biens donnés,

comme en aurait un la femme dotale qui exerce ses reprises. Il est donc nécessaire de l'autoriser à se prévaloir d'une subrogation plus large, plus facile à démontrer que la subrogation à titre particulier telle qu'elle est organisée par la loi ou la convention, à se prévaloir d'une subrogation universelle.

Voilà ce que l'on peut dire à l'appui de la théorie la plus extensive. La jurisprudence paraît lui être favorable. Nous connaissons déjà l'application de la subrogation universelle faite par elle dans la théorie de la dot incluse et en cas de séparations des patrimoines.

Dans le fameux arrêt toutes chambres réunies du 5 décembre 1907, la Cour de cassation a fait un emploi intéressant de la subrogation universelle. Cette arrêt a tranché le conflit qui s'élevait entre les créanciers de l'héritier tenu à rapport et ses cohéritiers partageants, à propos de l'effet déclaratif du partage et de la division des créances héréditaires (conflit des articles 883 et 1220) Il a décidé que si l'adjudication sur licitation d'un immeuble héréditaire doit, au regard de l'adjudicataire quand il est un tiers étranger à l'indivision, être considérée comme une vente, elle constitue dans les rapports des cohéritiers entre eux une opération préliminaire au partage, et qu'en conséquence le droit sur le prix d'adjudication qui en principe appartient à chaque héritier n'est pas fixé définitivement pour lui à l'égard de ses cohéritiers dès le jour de la vente, mais reste subordonné aux résultats de la liquidation et du partage. La Cour de cassation a considéré, pour justifier cette manière de décider, que la vente de l'immeuble indivis « est faite en réalité pour le compte de la masse successorale ; que la créance du prix entre dans l'actif à partager pour être soumise, comme l'aurait été l'immeuble même qu'elle remplace, aux règles ordinaires du partage. »

Dans les conclusions présentées dans cette affaire, le Ministère public a fait appel à la notion de subrogation réelle que la jurisprudence fait intervenir dans les cas où une personne possède un droit sur un ensemble de biens, biens indivis d'une succession, biens de l'absent, bien composant la dot mobilière. C'est la subrogation universelle, que les tribunaux justifient, à tort ou à raison, par l'adage *in judiciis universalibus*... D'ailleurs le cas de subrogation universelle consacré par la Cour de cassation en 1907 n'était pas nouveau, puisque la Chambre civile l'avait déjà appliqué quelques années auparavant dans une espèce voisine (Civ. 21 mai 1895, D. P., 1896.1.9).

Dans son arrêt du 30 juin 1893 qui a donné lieu à la note au *Sirey* de M. Saleilles dont nous avons parlé plus haut (S., 94.2.185), la Cour de Dijon a également fait application de la subrogation universelle dans une espèce où l'action des demandeurs tendait à leur faire recouvrer un ensemble de biens. Il s'agissait du legs fait à une commune dans le but de fonder et d'entretenir une école dirigée par des instituteurs congréganistes. La donation, bien des années après la mort du testateur, se trouva révoquée par suite de la laïcisation de l'école. Les héritiers du donateur agissant en restitution des biens légués, prétendaient recevoir non pas le prix de vente de ceux des biens qui ayant été jugés improductifs avaient été vendus avec l'autorisation administrative, mais les titres de rentes acquis en remploi de ce prix. La Cour d'appel, recevant la demande des héritiers admis que le remploi ait opéré une subrogation de ces rentes aux biens aliénés. D'ailleurs le remploi avait été fait avec stipulation d'affectation des biens acquis à la même destination que les biens aliénés, et cela sous le contrôle administratif. La question

était donc de savoir si la subrogation devait s'opérer de plein droit.

Ce qui semble avoir influé sur la décision de la Cour de Dijon, c'est moins l'idée d'affectation que celle de l'origine, de la provenance des biens acquis en remploi. Autoriser la commune à bénéficier de la plus-value prise par les biens remployés, ç'aurait été la faire bénéficier d'un enrichissement sans cause, puisque le legs et ses conséquences se trouvaient résolus.

La jurisprudence semble s'inspirer des considérations suivantes : lorsque la subrogation a pour effet de donner à la chose acquise en emploi ou remploi la qualité qu'avait la chose qu'elle remplace, qualité de bien dotal, qualité de bien hypothéqué, afin de lui donner la même affectation, elle s'opère à titre particulier, parce qu'elle résulte d'une fiction.

Si au contraire la subrogation ne repose plus sur l'idée d'affectation, mais sur celle de l'origine des biens qui composent le patrimoine, et si ce patrimoine est l'objet d'une action de caractère général, comme la pétition d'hérédité, l'action en révocation d'une donation, etc... c'est une subrogation universelle. Elle vise alors à maintenir l'intégrité du patrimoine et à empêcher que celui qui l'a détenu temporairement ne bénéficie des plus-values résultant de ses actes de remploi ou d'échange. La subrogation ainsi employée permet d'établir le bilan exact de la gestion du patrimoine par celui qui en a été le détenteur ou le propriétaire sous condition résolutoire, sans qu'il en retire ni bénéfice ni perte, car à l'inverse on lui reconnaîtra le droit de se faire rembourser ses dépenses utiles et nécessaires. Mais la subrogation n'est possible que si l'on peut établir avec certitude la filiation des biens subrogés.

En ce qui concerne le retour légal, les tribunaux n'ont pas pu lui faire très souvent application de la subrogation universelle, étant donné la rareté des espèces où la question se pose à l'état pur. Il existe toutefois quelques décisions intéressantes. Nous allons, pour terminer, les examiner.

Nous avons déjà parlé de l'arrêt de la Cour de cassation du 30 juin 1817. Critiqué aujourd'hui, à peu près unanimement, cet arrêt aboutit à conférer à l'ascendant donateur un véritable droit de créance contre la succession en établissant une équivalence entre les biens donnés et les biens composant la succession alors que rien ne permettait d'établir la filiation juridique de ces derniers. Le jugement du Tribunal civil de Lyon du 22 janvier 1895 est arrivé à peu près au même résultat.

On trouve des indications beaucoup plus intéressantes formulées dans un arrêt de la Cour de Lyon du 24 août 1871, puis, dans des termes à peu près semblables, dans un jugement du Tribunal de Fontainebleau du 25 mars 1896. L'arrêt de la Cour de Lyon contient des attendus qui nous semblent poser la question sous son véritable jour. On ne saurait, dit-il en substance, prendre les mots « en nature », dans un sens tellement absolu que les objets donnés dussent se retrouver dans leur identique individualité. Cette interprétation tendrait à rendre illusoire dans la plupart des cas, notamment au cas de donation de sommes d'argent ou de valeurs négociables, les dispositions de l'article 747. L'intention du législateur a été seulement que la chose donnée et les choses propres du donateur ne puissent se confondre, et que l'on puisse distinguer d'une manière certaine les valeurs représentant l'objet de la donation. Il suffit donc, pour que le

retour légal ait lieu, que l'on établisse qu'il n'a pu s'opérer aucune confusion entre les valeurs sujettes au retour légal et les autres biens du donataire, et que les valeurs trouvées dans la succession ont pour origine certaine, évidente, incontestable, les deniers ou valeurs, objets de la donation.

*
**

On trouve donc dans la jurisprudence quelques décisions qui ont fait une application très nette de la subrogation universelle pour permettre au successeur anormal d'exercer son droit en dehors des termes de l'article 747, et dans des cas où le bien ayant été aliéné il n'y avait aucun doute sur la provenance du bien acquis en son remplacement.

La subrogation à titre particulier permettrait d'arriver au même résultat, mais la jurisprudence lui prête un caractère spécial et la soumet à certaines conditions d'exercice qui en rendent l'application difficile dans le domaine du retour légal. Elle considère notamment que la subrogation à titre particulier s'opère en vertu d'une fiction légale ou conventionnelle. Au contraire la subrogation universelle aurait lieu *de plano* dans les cas où il y a intérêt pour un tiers, qui exerce une action en revendication ou en restitution à prouver que tel ou tel bien doit lui revenir comme acquis en remplacement d'un autre bien qui lui reviendrait s'il n'avait pas été aliéné. Elle servirait à suivre un ensemble de valeurs plutôt que des biens particuliers.

C'est donc vers cette subrogation universelle qu'il faut se tourner pour édifier une théorie du retour en équivalent qui soit en accord avec les tendances de la jurisprudence.

CHAPITRE IV

LA THÉORIE DE LA SUBROGATION

La théorie de la subrogation permet d'élargir notablement la portée du droit de retour accordé par l'article 747 à l'ascendant donateur. Mais si grand que puisse être le rôle de cette théorie, ce serait mal l'interpréter, porter atteinte à sa valeur juridique et même la discréditer que de n'en pas limiter soigneusement le champ d'application. Dans les décisions que nous venons de citer à l'appui de la doctrine extensive, les tribunaux paraissent ne pas avoir suffisamment le souci de limiter les cas où le successeur anomal peut se prévaloir de la subrogation réelle pour reprendre d'autres biens que les biens donnés. C'est là précisément le reproche le plus sérieux que l'on ait fait à cette doctrine.

Cela tient à ce qu'il n'est pas possible, dans l'état actuel de la jurisprudence, de se faire une idée bien nette de ce qu'est la subrogation universelle, et de la distinguer soit de la fongibilité, soit de la subrogation à titre particulier. Tâchons donc, avant de faire l'examen critique de la jurisprudence, de préciser auparavant ce qu'il faut entendre par la subrogation universelle.

SECTION I. — LES CARACTÈRES DISTINCTIFS
DE LA SUBROGATION UNIVERSELLE.

Il faut se garder d'assimiler les résultats de la subrogation universelle avec ceux qu'entraîne la fongibilité qui existe parfois entre des choses de genre parfaitement identiques. On parle souvent, et notamment en matière de dot mobilière et de dot incluse de la fongibilité qui existe entre les divers éléments d'un patrimoine, ou plutôt entre ses éléments successifs. Ce n'est à proprement parler qu'une image qui ne prétend pas employer le mot dans son sens juridique exact. La fongibilité est une qualité passagère qui affecte un ensemble de biens du même genre non déterminés dans leur identité. Une obligation de donner qui porte, par exemple, sur telle quantité de marchandise d'une qualité déterminée, ne porte pas sur un corps certain. Toutes les marchandises qui répondent aux qualités désignées sont susceptibles de devenir l'objet du contrat; elles sont fongibles. La fongibilité ne découle donc pas de la nature des biens, quoique les choses fongibles soient généralement des meubles consommables, mais tient à la volonté des parties contractantes. Son rôle se limite aux effets des obligations de donner.

La subrogation, au contraire, qu'elle se produise à titre particulier ou universel, suppose toujours l'existence d'un lien précis de filiation juridique entre deux choses quand l'une d'elles succède à l'autre et prend sa place dans un patrimoine.

La confusion possible que nous signalons tient principalement aux caractères peu précis que l'on prête à la subrogation universelle. Du fait qu'elle a une portée plus

large que la subrogation à titre particulier on est tenté de l'apparenter à la fongibilité.

Nous avons vu que la plupart des auteurs qui ont étudié spécialement cette question reconnaissent l'existence de la subrogation universelle. Ainsi pour M. Demogue, c'est celle qui se produit, soit pour maintenir la valeur d'un patrimoine d'affectation, soit pour sauvegarder le droit de celui dont le patrimoine est placé temporairement entre les mains d'un autre. Pour M. Capitant, elle sert à éviter la confusion de deux patrimoines ayant chacun un titulaire différent, quand ils se trouvent momentanément réunis dans les mains d'une même personne. Selon M. Saleilles la subrogation a lieu à titre universel quand elle a pour but de rattacher un bien à un ensemble d'autres biens formant un patrimoine distinct. C'est une idée analogue, mais inspirée de plus près par la jurisprudence, que l'on trouve dans l'ouvrage de M. Hémar. La subrogation aurait toujours lieu à l'intérieur d'un patrimoine, et pour en sauvegarder l'intégrité, mais elle s'opérerait plus spécialement à titre universel quand elle est invoquée par celui qui exerce une action générale à l'encontre d'un ensemble de biens.

Il n'est pas facile de trouver dans la jurisprudence un critérium bien précis qui permette de distinguer les deux sortes de subrogation. Elles diffèrent surtout par leurs modes d'exercice. La subrogation à titre particulier est principalement celle qui découle de l'emploi et du remploi dans les régimes matrimoniaux. Que le remploi soit obligatoire ou facultatif, qu'il se fonde sur le contrat de mariage ou sur la loi, il est toujours soumis à des formes de preuves déterminées et constaté généralement dans des actes notariés. Il est, de plus, de droit étroit, puisqu'il a toujours lieu en vertu de la loi ou d'un contrat.

Au contraire la subrogation universelle n'est soumise à aucune forme de preuve déterminée. La loi donne un exemple typique de cette subrogation dans l'article 132 du Code civil : « Si l'absent reparaît, ou si son existence est prouvée, même après l'envoi définitif, il recouvrera ses biens dans l'état où ils se trouveront, le prix de ceux qui auraient été aliénés, ou les biens provenant de l'emploi qui aurait été fait du prix de ses biens vendus ». Recouvrant ses biens dans l'état où ils se trouvent, il doit respecter les droits réels constitués sur eux et les aliénation qui en ont été faites par les envoyés en possession. Il est même tenu de respecter les aliénations à titre gratuit. Mais en revanche les envoyés doivent restituer à l'absent de retour tout ce dont ils se trouvent enrichis à ses dépens, à l'exception toutefois des fruits par eux perçus (art. 127). Ils sont donc tenus envers lui *quatenus locupletiores sunt*. La preuve reste naturellement à la charge du demandeur, mais elle est libre, ou plus exactement n'est soumise qu'au droit commun des preuves.

La subrogation universelle ainsi entendue est l'arme qu'il paraît nécessaire de mettre à la disposition de quiconque revendique un patrimoine momentanément placé entre les mains d'une autre personne qui n'en était pas propriétaire ou n'en était que propriétaire sous condition. Les tribunaux l'appliquent avec raison aux hypothèses suivantes : pétition d'hérédité, revendication de ses biens par l'absent de retour, séparation des patrimoines, vente d'hérédité (art. 1697), retour légal, dot mobilière. Dans tous ces cas les actes de remploi effectués par l'aliénateur profiteront au demandeur, qui prendra les biens acquis à titre de propriétaire, et, échappant ainsi à la loi du concours, n'aura pas à souffrir de l'insolvabilité du défendeur.

SECTION II. — L'ÉTAT ACTUEL DE LA JURISPRUDENCE
EXTENSIVE EN MATIÈRE DE RETOUR LÉGAL.

Nous avons vu qu'à de rares exceptions près la jurisprudence est favorable à l'ascendant donateur et lui permet notamment d'invoquer les effets de la subrogation réelle pour étendre son droit de retour au-delà des termes de l'article 747 strictement entendus. Considérant le successeur anomal comme un héritier universel, elle a tout naturellement recours à l'idée de subrogation universelle pour élargir la portée de son droit successoral. Mais les tribunaux n'ont jamais essayé de dresser une liste limitative des cas d'application de la subrogation universelle dans le retour légal; ils n'ont fait que formuler des principes généraux qui ne suffisent guère pour édifier une théorie. Et même le plus souvent ils ont donné à la subrogation une portée tellement large qu'ils tendaient à l'assimiler purement et simplement à la fongibilité.

Ainsi l'arrêt de cassation du 30 juin 1817 a établi l'équivalence des valeurs mobilières qui se trouvaient dans la succession du donataire et des espèces qu'il avait reçues de son ascendant sans que rien ne permît d'établir un lien de provenance entre eux. La même idée se retrouve dans le jugement du tribunal de Lyon du 22 janvier 1895.

Dans les autres espèces citées plus haut à l'appui de la doctrine extensive, l'idée de subrogation est serrée de plus près, sans qu'il lui soit cependant assigné de limites bien nettes. Les tribunaux ont toujours en vue dans ces décisions de ne pas faire perdre à l'ascendant le bénéfice de son droit de retour quand l'objet donné est une somme d'argent ou des valeurs négociables. Aussi déclarent-ils

volontiers qu'il serait contraire à l'esprit de la loi d'interpréter strictement l'article 747, et qu'il suffit que les biens donnés ne se soient pas confondus avec les autres biens du donataire, mais sans préciser davantage les moyens propres à prouver la non-confusion. Cette preuve incombe au donateur, et peut lui être difficile à fournir en raison de la confusion de fait qui ne peut manquer de se produire entre tous les biens du défunt.

La jurisprudence s'est donc contentée d'affirmer un principe, sans en envisager les applications. Si la doctrine extensive finissait par prévaloir, ce qui semble probable, les tribunaux devraient s'occuper plus particulièrement de limiter les cas dans lesquels le successeur anomal peut invoquer la subrogation universelle à l'appui de son droit de retour. Ce serait, une fois le principe adopté, la question la plus importante à résoudre. Voyons donc ce que l'on en peut dire en nous inspirant des besoins de la pratique.

SECTION 3. — LES LIMITES DE LA SUBROGATION UNIVERSELLE ET LES BESOINS DE LA PRATIQUE.

L'article 747 prévoit deux cas de subrogation réelle qui permettent à l'ascendant d'exercer son droit de retour sur des valeurs équivalentes aux biens donnés. L'ascendant succède à la créance du prix et à l'action en reprise nées de l'aliénation de l'objet donné par le donataire défunt. La théorie de la subrogation permet d'étendre le droit de l'ascendant à des cas voisins, notamment aux cas d'échange, d'emploi, de remploi, d'indemnité d'assurance due pour l'immeuble sinistré, etc. Reprenons ces diverses hypothèses pour en évaluer la portée.

Nous avons déjà indiqué la portée très large que l'on s'accorde à donner à l'expression *action en reprise*, notamment en matière de reprises matrimoniales. L'ascendant, généralement un ascendant qui a doté sa fille ou petite-fille au moment de son mariage, peut se prévaloir des opérations d'emploi et de remploi que le donataire ou son conjoint ont effectuées à l'égard des biens donnés en se conformant aux règles posées par la loi ou le contrat de mariage pour ces sortes d'opérations. Il s'agit ici d'une subrogation à titre particulier.

Il en est de même pour l'échange de l'immeuble dotal ou de l'immeuble propre. Mais quand l'échange a été opéré par le donataire lui-même, qu'il soit ou non marié, quand par conséquent il ne peut plus s'agir d'action en reprise, il paraît difficile d'en refuser le bénéfice au successeur anomal, car c'est là l'opération de subrogation la plus simple qui existe. Il serait peu logique, au surplus, de lui contester le droit de reprise dans ce cas alors que l'article 747 normalement entendu le lui confère quand l'échange a été fait par le conjoint du donataire décédé. D'ailleurs les actes de partage successoral dressés par les notaires tiennent généralement compte, à notre connaissance, des opérations d'échange pour attribuer à l'ascendant donateur ce que le défunt avait acquis en échange des biens donnés.

L'ascendant succède également, nous dit l'article 747, à la créance du prix qui restait dû au donataire en contrepartie de l'objet aliéné. Il paraît indiqué de rapprocher de cette disposition la question de l'indemnité d'assurance. La loi du 19 février 1889 (reprise et complétée par celle du 13 juillet 1930), ne s'est expressément occupée que des créanciers privilégiés et hypothécaires, mais on doit croire

que les solutions qu'elle fournit se rattachent à un principe général qui doit recevoir application toutes les fois que les circonstances le permettent ¹. Dans l'esprit de cette loi, les indemnités d'assurance dues pour un immeuble sinistré sont considérées comme représentant cet immeuble, ou plus exactement comme assimilées à son prix de vente, et doivent être distribuées selon les mêmes règles que l'aurait été ce prix. Sous le régime de communauté, il n'y a aucun doute que l'indemnité d'assurance reste propre à l'époux dont l'immeuble propre a été endommagé. La jurisprudence a depuis fort longtemps consacré cette solution. L'ascendant donateur recueille donc cette indemnité en exerçant l'action en reprise qui existait au profit de son descendant. Mais le successeur anomal peut-il toujours prétendre à l'indemnité d'assurance qui est venue remplacer l'objet donné dans le patrimoine du défunt? Il doit la percevoir, semble-t-il, comme il ferait de la créance du prix, car il est parfaitement logique d'assimiler dans ce cas, comme dans les autres, l'indemnité au prix, et le prix à la chose.

En dehors des cas où l'ascendant exerce l'action en reprise dans les termes de l'article 747, il est d'autres hypothèses où il lui sera possible, en vertu de la subrogation universelle qu'on lui reconnaît, le droit d'invoquer, de reprendre les valeurs acquises par le donataire en remplacement des biens donnés. Les solutions que nous venons d'invoquer sont relativement simples, parce qu'elles ont trait aux régimes matrimoniaux, et que dans ces régimes les opérations de subrogation qui interviennent pour modifier les patrimoines propres des époux sont facilement

1. Darras et Tarbouriech, *op. cit.*, n° 55

contrôlables. Il n'en est plus de même si l'on cherche à établir la suite des remplois que le donataire a pu effectuer avec la valeur des biens réversibles en dehors de toute convention matrimoniale, sur des biens dont il était propriétaire en même temps qu'administrateur et dont il pouvait par conséquent disposer comme il l'entendait. Si des immeubles avaient été donnés, l'ascendant pourra normalement faire la preuve de leur aliénation ou des échanges pratiqués par le *de cujus*. Mais s'il s'agit de valeurs mobilières ou de sommes d'argent, il devient beaucoup plus difficile d'en suivre les transformations successives.

Une fois que le donataire a vendu les biens donnés et en a touché le prix, les deniers provenant de la vente se confondent dans son patrimoine. Le droit de retour est éteint.

Il arrive cependant que la confusion ne s'opère point. Le prix de vente peut être demeuré entre les mains d'un notaire ou d'un agent de change et remployé directement par ses soins.

Pareillement si le donataire est en tutelle, ou si sa fortune est gérée par un administrateur, comme il peut arriver en cas d'internement, les actes successifs de remploi peuvent être parfaitement établis après coup par l'examen des comptes de tutelle ou de gestion.

Ainsi on ne peut établir de règles bien précises en cette matière. La question de la subrogation des biens donnés est dominée par celle de preuves. Souvent la preuve est impossible à établir d'une manière certaine, et le droit de l'ascendant se trouve éteint. Mais parfois au contraire les circonstances permettent de suivre au cours de plusieurs opérations de remploi la valeur des biens donnés.

Comme on l'a dit, tout étant ici une question de preuve, il faut admettre la subrogation lorsqu'il n'y a pas de doute sur l'origine des choses qui se trouvent dans la succession en représentation et à la place de la chose donnée, et ne la repousser que dans le cas contraire ¹.

1. Ambroise Colin et Capitant, *loc. cit.*

CONCLUSIONS

Quand une personne meurt sans postérité, son ascendant donateur peut, en vertu de l'article 747 du Code civil, reprendre dans sa succession, avant tout partage entre les héritiers ab intestat, les biens dont il l'avait gratifiée. Mais quelle est l'étendue de ce droit ? Se borne-t-il aux seuls objets donnés qui se retrouvent « en nature » dans la succession, ou comprend-il également les biens acquis par le défunt en échange ou en remploi des objets donnés ? Telle est la question que je m'étais proposé d'examiner, et les développements qui précèdent vont peut-être nous permettre, pour conclure, de tenter d'y répondre.

Si l'on envisage d'abord le problème dans le domaine du droit positif, on se trouve en présence de décisions assez rares, souvent contradictoires, et l'on n'en peut dégager à coup sûr une solution ferme. Il y a là une de ces questions de pure interprétation qui restent controversées jusqu'au jour où la Cour de cassation en est saisie et leur donne une solution définitive.

Jusqu'à présent les tribunaux ont hésité, nous l'avons vu, entre deux tendances opposées que l'on retrouve dans la doctrine, l'une restrictive, l'autre extensive. Mais il semble que depuis le milieu du xix^e siècle cette dernière l'emporte. Les quelques décisions que nous avons pu citer

dans ce sens s'inspirent de la théorie de la subrogation réelle pour permettre au donateur de reprendre les biens acquis par le défunt en remplacement des objets donnés, lorsque leur provenance ne fait aucun doute. Il est possible que la Cour de cassation, le jour où elle sera appelée à se prononcer sur la question, consacre une interprétation assez étendue du retour légal, parce qu'elle regarde généralement avec faveur la théorie de la subrogation.

L'application du retour légal est dominée par une question d'interprétation. C'est là que réside toute sa difficulté.

Il s'agit en effet, en présence d'un texte trop laconique, de chercher dans quel esprit il est rédigé. L'examen des travaux préparatoires est aussi décevant que le texte lui-même. Force est donc de se livrer à un travail d'interprétation, à des discussions de principe sur le rôle plus ou moins large qu'il convient de reconnaître au retour légal. Pour cela on fait appel à des principes d'équité et aux règles générales de notre droit des successions. C'est sur ce point que la doctrine est divisée.

Certains auteurs, qui sont encore la majorité, contestent qu'il y ait aucun intérêt à élargir la portée de l'article 747. Rien ne nous y autoriserait, selon eux, ni dans le texte ni dans l'esprit de la loi. Il est bien préférable, plutôt que de se lancer dans des théories hasardeuses, de s'en tenir au sens littéral du texte. D'ailleurs les règles consacrées dans l'article 747 sont suffisantes, et l'on conçoit fort bien que le législateur ait entendu limiter le droit de retour aux cas où le bien donné se retrouve en nature. Lorsqu'il a été aliéné, sa valeur s'est confondue dans le patrimoine du donataire. L'ascendant ne risque pas de voir le bien dont il avait consenti à se dépouiller en faveur du défunt,

passer entre les mains d'un autre. Tant que ce bien demeurerait en son état primitif, il restait individualisé, il représentait pour le donateur un souvenir ; c'était souvent un bien de famille auquel il était particulièrement attaché et qu'il souhaitait de voir conserver par ses enfants et petits-enfants. Mais une fois que le donataire l'a aliéné, l'ascendant n'a plus les mêmes raisons d'exercer son droit de retour, puisque la valeur en est dorénavant confondue dans le patrimoine du donataire et qu'il a perdu toute son individualité.

Ainsi le retour légal aurait pour fondement non pas un intérêt pécuniaire, mais un intérêt d'affection.

Cette explication est assez séduisante, d'autant qu'elle a le grand avantage de fournir une interprétation facile de l'article 747. Ce texte doit être entendu d'une façon étroite, les interprétations trop larges que l'on en propose n'ont pas de raison d'être. D'ailleurs ajoute-t-on, le droit de succession anormale est une exception au droit commun, et doit par conséquent être appliqué avec la plus grande réserve, dans les cas seulement où elle ne va à l'encontre des règles du droit commun.

Peut-on se contenter de cette interprétation et admettre que le retour légal ne s'exerce, en principe, que sur les objets donnés qui se retrouvent en nature ? Cela paraît difficile.

Quand un texte est nettement insuffisant, comme c'est le cas ici, le rôle de l'interprète n'est pas de l'appliquer dans sa lettre, mais de chercher par ailleurs tous les éléments qui lui permettront d'en comprendre le sens et la portée. Or le droit de retour est essentiellement un droit de succession. Ce n'est pas à proprement parler un droit anormal de succession, mais une règle spéciale apportée

par la loi dans la succession des ascendants. Quand le défunt ne laisse pas de descendants, les ascendants sont toujours appelés à recueillir une partie de son hérédité. Mais l'ascendant qui avait gratifié le *de cujus* d'une donation entre vifs est préféré par la loi à tous les autres héritiers et se voit attribuer un droit particulier de succession sur les biens qu'il avait donnés. Cela est de toute justice. Néanmoins, comme il ne peut être question ici que d'un droit ab intestat, et non d'un droit de créance, le retour légal ne peut plus s'exercer si le défunt avait manifesté sa volonté de disposer des biens donnés en les aliénant de son vivant ou en les léguant par testament. C'est là que réside la différence essentielle entre le retour successoral et le retour conventionnel : l'ascendant ne peut exercer son droit qu'à l'encontre de la succession.

La donation peut avoir porté sur une somme d'argent ou des titres négociables. On ne peut plus alors parler d'intérêt moral, d'intérêt d'affection, mais seulement d'intérêt pécuniaire. Peu importe pour l'ascendant de succéder à la somme d'argent qu'il avait donnée au défunt ou à un autre bien acquis par celui-ci grâce aux deniers reçus. De toute façon il recouvre la valeur dont il s'était dépouillé pour enrichir son descendant.

La loi a d'ailleurs prévu deux hypothèses où le retour peut porter sur des équivalents, deux hypothèses très importantes dans la pratique et qui montrent bien qu'elle n'attache pas un intérêt essentiel à ce que le retour s'opère sur les biens donnés eux-mêmes.

L'équité plaide en faveur d'une extension de l'article 747 à tous les cas d'échange, d'emploi et généralement à tous les cas où la valeur des biens donnés se trouve incluse dans des biens nouveaux qui leur sont subrogés.

Il est donc souhaitable de voir consacrer par la jurisprudence une théorie largement compréhensive des articles 747, 766 et 358. L'équité y gagnerait sans qu'il soit nullement porté atteinte aux principes de notre régime successoral. Il y aurait bien au contraire intérêt à voir se développer une telle jurisprudence. Si le retour légal avait une plus large portée, l'ascendant donateur serait grâce à lui, et sans avoir besoin de stipuler le retour conventionnel, un peu mieux assuré de recouvrer les biens donnés en cas de prédécès du donataire.

Souhaitons donc que le mouvement qui semble se dessiner à la fois dans la jurisprudence et la doctrine s'affirme, pour rendre au retour légal la place à laquelle il peut prétendre dans notre droit. Souhaitons que ce droit de retour contribue dans une certaine mesure à éviter le morcellement des successions entre les héritiers collatéraux. C'est le rôle que lui assignait notre ancien droit coutumier, et c'est bien en définitive celui que l'on peut désirer lui faire jouer à notre époque d'instabilité excessive des patrimoines.

Paris, le 20 octobre 1931.

Vu, le Doyen,
BERTHÉLEMY.

Vu, le Président de la Thèse,
J. HEMARD.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY.

TABLE DES MATIÈRES

BIBLIOGRAPHIE.....	7
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE.....	7
CHAPITRE PREMIER. — L'ORIGINE HISTORIQUE DU DROIT DE RETOUR LÉGAL.....	16
Section 1. — Le domaine du retour légal dans l'Ancien Droit	18
Section 2. — Le Droit intermédiaire et la consécration du droit de retour légal dans le Code civil.....	23
CHAPITRE II. — NATURE, FONDEMENT ET RÔLE DU DROIT DE RETOUR LÉGAL.....	27
Section 1. — Le droit de retour est un droit de succession....	29
§ 1. Les conditions d'ouverture de la succession anormale	30
§ 2. Concours du successeur anormal avec les héritiers réservataires et les légataires du défunt.....	31
§ 3. Concours avec le conjoint survivant. Nullité de la renonciation anticipée au retour légal.....	33
§ 4. Contribution du successeur anormal aux dettes de la succession.....	38
Section 2. — Fondement juridique et rôle de la succession anormale dans notre droit.....	40
CHAPITRE III. — LA DOCTRINE RESTRICTIVE.....	51
Section 1. — Exposé.....	54
Section 2. — Critique	56
Section 3. — La jurisprudence favorable.....	62
CHAPITRE IV. — LA THÉORIE DE LA SUBROGATION.....	65
Section 1. — Les cas de subrogation réelle consacrés par des textes du Code civil.....	66
Section 2. — Les théories doctrinales de la subrogation réelle	70
CHAPITRE V. — LA DOCTRINE EXTENSIVE.....	81
Section 1. — Fondement logique de la doctrine extensive..	81
Section 2. — Importance des deux équivalences prévues par l'art. 747.....	84
Section 3. — Les cas d'équivalence admis par Aubry et Rau et la question du retour légal des donations mobilières....	88
Section 4. — Les théories doctrinales de la subrogation dans leurs rapports avec le droit de retour légal.....	93
Section 5. — La théorie jurisprudentielle de la subrogation universelle et son application dans le domaine du retour légal	96

CHAPITRE IV. — LES LIMITES DE LA DOCTRINE EXTENSIVE ET SES	
APPLICATIONS DANS LA PRATIQUE.....	102
Section 1. — Les caractères distinctifs de la subrogation universelle.....	104
Section 2. — L'état actuel de la jurisprudence extensive en matière de retour légal.....	107
Section 3. — Les limites de la subrogation universelle et les besoins de la pratique.....	108
CONCLUSIONS	113

